جامعة الجزائر 01.
كلية الحقوق

الإلتزمات القانونية للبنك في بطاقات الائتمان

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص : قانون خاص

إعدادالطالب: لخضر رفاف

إشـــــراف الدكتور: محمد بعجي

الأستاذ الدكتور لعلاوي عيسى	....	رئيسا
الدكتـــور محـــمـــد بعجـــي	....	مشرفا و مقررا
الدكتــــور شويرب خالــد	....	ممتحنا
الدكتـــوره بوعمرة آسيــا	....	ممتحنا
الدكتـــور ضريفي الصادق	....	ممتحنا
الدكتـــور قارة ميلـــود	....	ممتحنا

الموسم الجامعي 2017 م- 2018م

شكر وتقدير

أول الشكر لله سبحانه وتعالى على كل النعم ثم بعد .

أتقدم بالشكر الجزيل للدكتور: محمد بعجي لما قدمه لي من توجيه وإعانة رغم مشاغله العلمية والعملية، كما لا أنسى بالشكر الأستاذ الدكتور لعلاوي عيسى رئيس لجنة المناقشة ، والشكر موصول لباقي أعضاء لجنة المناقشة:

الدكتور شويرب خالد

الدكتوره بوعمرة آسيا

الدكتور ضريفي الصادق

الدكتور قارة ميلود .

فلهم مني جزيل الشكر والتقدير على قبولهم مناقشة هذه الأطروحة .

إهـــــداء

إلى روح أمي الطاهرة أسال الله يرحمها برحمته الواسعة .

وإلى أبي حفظه الله وأطال في عمره

إلى إخوتي وأخواتي سندي وفخري في الحياة .

إلى زوجتي العزيزة وبناتي حفظهم الله .

وإلى رفقاء الدرب .

وإلى كل صديق وقريب ، كان معي يوما بالنصيحة وأرشدني في الصلاح .

لخضر

مقدمة

لقد ساهمت الوسائل التكنولوجية الحديثة في تطور المعاملات التجارية بشكل سريع ومتلاحق، كما نتج عنها تطور أساليب العمل البنكي الذي أتاح للبنوك بأن تلعب دورا متزايدا في خلق الائتمان، كون أنها تعدت ماهيتها كمؤسسات تنحصر مهمتها في قبول الودائع أو منح القروض إلى خدمات أخرى جديدة متعددة ومتطورة .

سعى الإنسان منذ بداية حياته وراء توفير حاجاته، ومر نشاطه الاقتصادي بعدة مراحل بدايةً بمرحلة الاكتفاء الذاتي، أين كان الفرد يستهلك ما ينتجه، ثم دفعه التطور والتوسع إلى الاعتماد على نظام المقايضة و التي تم الاستغناء عنها نظراً للنقائص التي ظهرت فيها، ثم اعتمد على المسكوكات، ثم النقود(المعدنية والورقية) التي نتداولها في وقتنا الحالي.

وسعياً منه للحفاظ على سلامة هذه النقود من مخاطر الضياع والسرقة أثناء انتقالها من مكان لآخر ظهرت البنوك، وتدخلت في الحياة الاقتصادية، فلعبت دوراً هاماً من أجل ذلك، فأوجدت أساليب ووسائل حديثة للتبادل أكثر أماناً وتطوراً من النقود مثل الكمبيالة والشيك، إلا أن تطور التكنولوجيا ووسائل الاتصال دفع البنوك إلى ابتكار وسيلة بديلة مسايرة لهذا التطور فظهر ما يعرف ببطاقات الدفع الالكتروني في شكل بطاقات الكترونية يقوم التعامل بها في الأساس على الثقة والائتمان المتبادل بين أطراف هذه البطاقة (بنك، حامل، تاجر)،

تعتبر البطاقات المصرفية أكثر العمليات والخدمات البنكية ارتباطا بالعالم الإلكتروني نظرا للطبيعة التكوينية لها، و قد انتشر العمل بها و استخدامها انتشارا واسعا وسريعا مع بروز و تطور التجارة الإلكترونية و التي تعد أحد أدواتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ميزتها قد جنبت الحامل مخاطر حمل النقود الورقية–سرقة ،ضياع ، نقلها في أكياس...– ساهمت بقدر كبير بتشجيع التعامل بالبطاقة المصرفية .

وقد أصبح التعامل بهذه البطاقات في وقتنا الحاضر ضرورة حتمية خصوصا في مجال التجارة الإلكترونية كما أسلفنا ذكره ، هذا على غرار المعاملات العادية اليومية للحامل من شراء و سحب للنقود باستخدام البطاقة ، و أيضا مع توجهات الدولة الجزائرية حاليا نحو رقمنة الاقتصاد و تشجيع العمل بوسائل الدفع.

تعد الولايات المتحدة الأمريكية الدولة السباقة إلى ابتكار بطاقة الائتمان والعمل بها، كان ذلك في بدايات القرن العشرين وبالضبط سنة 1914، ومنذ ذلك الوقت والى غاية وقتنا الحالي نلاحظ أن سير وتطور هذه البطاقة قد مر بثلاث مراحل.

- المرحلة الأولى و تبدأ في سنة 1914 و هي السنة التي أصدرت فيها شركة western union أول بطاقة ائتمان، وكانت عبارة عن بطاقة معدنية تعطى لبعض العملاء المميزين للشركة وتمنح مزايا خاصة لهم عند شراء ما يحتاجون إليه من منافذ التوزيع التابعة لها، على أن تبقى عملية تسوية الحساب في نهاية المدة المحددة، ثم توقف العمل بهذه البطاقة خلال الحرب العالمية الثانية لتكون بذلك نهاية المرحلة الأولى والتي تميزت فيها بطاقات الائتمان بمجموعة من المميزات والخصائص أهمها أنها كانت تربط التاجر والحامل بعلاقة مباشرة دون وساطة وذلك على اعتبار أن التاجر يعد أحد فروع الجهة المصدرة، وأن استخدامها كان ضيق النطاق فلم تكن البطاقة تخول لحاملها استعمالها خارج فروع الجهة المصدرة لها .

- المرحلة الثانية وفيها تم استئناف العمل بالبطاقة مع بداية الخمسينات، وقد تميز هذا الاستئناف بدخول بعض المؤسسات غير المصرفية الجديدة في اعتمادها لهذه الخدمة، وفي هذه المرحلة تباينت معالم بطاقة الائتمان التي هي عليها الآن، إلا أن استعمالها كان مقصور على الولايات المتحدة الأمريكية فقط.

– المرحلة الثالثة ويمكن أن تكون سنة 1977 البداية الحقيقية لهذه المرحلة ، وهي المرحلة التي تم فيها إخراج التعامل ببطاقة الائتمان من داخل الولايات المتحدة الأمريكية إلى خارجها لتنتشر بعد ذلك انتشارا واسعا وفي جميع أنحاء العالم تقريبا.

أمام هذا الانتشار الذي تشهده أنظمة الدفع الإلكتروني وبطاقات الائتمان على المستوى الدولي لما تكتسبه من أهمية كبرى، تبقى الجزائر في خطواتها الأولى مقارنة مع بلدان الجوار، وتبقى وظيفة البطاقات في بلدنا منحصرة أساسا لسحب النقود من الموزعات الآلية أو عملية الوفاء في بعض الحالات النادرة دون توفير الائتمان، إذ ظهرت بطاقات السحب لأول مرة سنة 1994، وكان صاحب المبادرة بنك الفلاحة والتنمية الريفية ،لكن استعمالها كان مقتصراً على بعض الوكالات الخاصة بهذا البنك، بعدها أصدر نفس البنك في 1996، بطاقة ZAP ZIP والتي كانت مخصصة لزبائنه الكبار.

لكن أهم حدث في هذا المجال كان سنة 1997 مع إصدار مؤسسةSATIM المالية "لبطاقات السحب ما بين البنوك" تمكن حامليها من سحب أموالهم من أي موزع آلي داخل الجزائر.

ثم توالى إصدار هذا النوع من البطاقات من أغلب البنوك الجزائرية العمومية منها والخاصة حتى تجاوز مجموع هذه البطاقات 12 مليون بطاقة مختلفة الوظيفة في سنة 2012 موزعة على مجموعة من البنوك الجزائرية والأجنبية التي تملك فروعا بالجزائر.

ويتلخص التعامل ببطاقات الائتمان في قيام ثلاث عقود منفصلة بين أطرافها بحيث يرتبط كل طرف مع الطرف الثاني بعقد ومع الطرف الثالث بعقد منفصل عن الأول، ويرتب كل عقد في ذمة أطرافه مجموعة من الالتزامات تتجسد هذه العقود في شكل نماذج موحدة تنفرد الجهة المصدرة للبطاقة بإعدادها وتعديلها في أي وقت، دون أي تفاوض مع باقي

الأطراف مما يخلق معه مشكلة عدم التوازن العقدي بين كل من البنك والطرف المقابل له في العقد.

أن التنظيم التعاقدي الذي يلجأ إليه الأطراف لم يقدم أي حلول لتلك المشكلة بل إنه زاد من أضرارها وفداحتها، ولعل السبب في ذلك هو استئثار البنك كطرف قوي في العلاقة العقدية يفرض الشروط التعاقدية، بما يحقق مصالحه وحده عن طريق إنقاصه للالتزامات الملقاة على عاتقه من جهة والتنصل من المسؤولية من جهة آخرى ، دون النظر إلى ما يمكن أن يسببه ذلك من أضرار للمتعاملين معه، الذين لا يكون من سبيل أمامهم إلا قبول شروطه أو رفضها.

ولعل أهم المشكلات التي تثيرها العقود التي يبرمها البنك في بطاقة الائتمان تلك التي تتعلق بمسألة تحديد الالتزامات المترتبة على العقود التي يبرمها البنك مع عملاءه والتي ينفرد هو وحده بوضعها، وكذلك تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية البنك و تحديد نطاق هذه المسؤولية نتيجة تدخل العديد من العوامل المؤثرة في مسؤولية البنك سلبا أو إيجابا ، فقد أضحت القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني قاصرة عن إيجاد حلول لمثل هذه المشاكل، بما يتفق مع طبيعة الوسائل التي يستخدمها البنك في أثناء ممارسته نشاطه وما يترتب على هذه الوسائل من مخاطر كبيرة بالنسبة لعملائه .

إن المشكلات السابقة التي تصادفنا عند استعمال بطاقات الائتمان تسوقنا إلى طرح إشكالية بحثنا على النحو التالي:

إلى أي مدى تعتبر القواعد العامة في التشريع الجزائري و المقارن كافية للإحاطة بالعقود التي يبرمها البنك في بطاقات الائتمان وما ترتبه عليه من التزامات ومسؤولية؟

لقد دفعنا إلى اختيار الموضوع مجموعة من الأسباب والدوافع، أهمها الانتشار الكبير والواسع لهذا النوع من وسائل الدفع الالكترونية، خاصة في السنوات الأخيرة علاوة على تزايد التنافس بين البنوك في إصدارها بأنواع مختلفة وبامتيازات متفاوتة من أجل تلبية متطلبات الأفراد، من جهة ، والحصول على .

كما ساقنا إلى البحث في هذا الموضوع، رغبتنا الخاصة في الاهتمام والبحث بهذا النوع من وسائل الدفع الالكتروني الحديثة، وكذلك الأهمية العلمية والعملية الكبيرة لها والمسائل القانونية التي تطرح أثناء استعمالها، في ظل نقص التشريع الصريح المنظم لها في أغلب الدول بشكل عام.

وتكمن أهمية الموضوع في حداثته، ذلك أن أغلب الدراسات السابقة سارت نحو دراسة بطاقة الائتمان بصفة عامة باعتبارها أهم البطاقات البنكية التي عرفت انتشارا سريعا، أو العلاقات المنبثقة على استخدامها، دون التعمق في كل العقود الناشئة عنها وما ترتبه من التزامات في ذمة أطرافها وبالخصوص البنك الذي له مكانة خاصة في هذه العقود، حيث يعتبر حلقة الوصل بين كل من التاجر القابل للبطاقة ، والعميل الحامل لها.

لمعالجة هذا الموضوع والإحاطة بجوانبه المتعددة والإجابة على الإشكالية المطروحة، اعتمدنا في دارستنا على المنهج التحليلي وذلك من خلال التعرض للقوانين المختلفة المدنية منها والتجارية المتعلقة بموضوع الدراسة، والتطرق كذلك إلى مختلف نماذج العقود التي يبرمها البنك مع عملاءه وتحليل بنودها، كما اقتضت الدراسة مقارنة بين أحكام التشريعات المقارنة لاسيما القانون الفرنسي والقانون المصري باعتبارهما أقرب النظم التي نتصل بها.

ومن أجل الإحاطة السليمة بالموضوع من جميع الجوانب قسمنا الدراسة إلى بابين منفصلين، حاولنا من خلال الباب الأول أن نقوم بتحديد الالتزامات التي تترتب على البنك من العقود التي يبرمها مع كل من حامل البطاقة ، ومع التاجر الذي يقبل البطاقة ، فكان

حريٌ بنا دراسة هذه العقود أولا والتي تعتبر المصدر الرئيسي لالتزامات البنك في الفصل الأول، ثم بعد ذلك التفصيل في الالتزامات التي تترتب في ذمة البنك من هذه العقود في الفصل الثاني.

أما الباب الثاني فقد تم تخصيصه لدراسة المشكلات الناتجة عن المسؤولية المدنية للبنك جراء إخلاله في تنفيذ التزاماته أو عدم القيام بها أصلا ، فتم تقسيم الباب إلى فصلين ، سنتناول في الفصل الأول مسألة تحديد الأساس القانوني لمسؤولية البنك عن عدم قيامه بالتزاماته، ثم وفي الفصل الثاني نتعرض إلى نطاق المسؤولية المدنية للبنك في بطاقات الائتمان والعوامل المؤثرة فيها.

الباب الأول

تحديد التزامات البنك في بطاقات الائتمان

الباب الأول

تحديد التزامات البنك في بطاقات الائتمان

لم يحدد المشرع الجزائري مصادر الالتزام في نص خاص بها، إلا أنه ومن خلال تقسيمه للباب الأول من الكتاب الثاني في القانون المدني[1]، يتضح اعتماده على المصادر التالية وفقا للترتيب الذي جاءت به في المواد من 53 إلى 159 (القانون، العقد، الإرادة المنفردة ثم الفعل المستحق للتعويض و أخيرا شبه العقود).

ومن خلال هذا التقسيم يتبين أن المشرع قد أولى العقد -كمصدر للالتزام- أهمية كبيرة حيث خصص له مجموعة كبيرة من المواد- المواد من 54 إلى123- بالمقارنة مع باقي المصادر، هذه الأهمية مردها أن العقد أساس تنظيم أغلب العلاقات في الحياة اليومية لما له من قوة إلزامية على إطرافه، تستمد هذه القوة أساسها من مبدأ سلطان الإرادة ، فالإرادة وحدها كافية لتكوين أي عاقد، وهي حرة في تحديد الآثار التي ترتبها على ما تم إبرامه من عقود.

إن عدم تنظيم العلاقات التي تنشئ عن استعمال بطاقات الائتمان بنصوص خاصة جعلها تخضع إلى النظرية العامة للعقد وما تنطوي عليه من أسس ومبادئ، ومعنى ذلك أن ما اتفق عليه البنك وعميله – الحامل أو التاجر – من شروط وبنود أثناء إبرام عقدهم هو ما سيسري عليهم دون إمكانية التنصل منه، فيكتسي العقد الذي يجمع البنك مع عميله في بطاقات الائتمان أهمية كبيرة فهو أساس العلاقة من جهة، إذ لا حديث عن أي علاقة بين البنك وعميله قبل أن يتم إبرام عقد صحيح بينهما، وهو أساس كل الالتزامات التي يكون كل من البنك وعميله ملزمان بتنفيذها من جهة أخرى، إن هذه الأهمية تستوجب علينا دراسة هذه

---

[1]- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام1395هـ الموافق 26سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

العقود بنوع من التفصيل فيتوجب علينا في البداية دراسة العقود التي يبرمها البنك مع كل من التاجر والحامل بحيث سنقوم بالتعرض إلى مفهوم هذه العقود وخصائصها وكلما يتعلق بها من بداية تكوينها إلى غاية نهايتها ، كل هذه الأمور سيتم دراستها في الفصل الأول من هذا الباب.

بينما سنخصص الفصل الثاني من هذا الباب لدراسة الآثار الناتجة على الإبرام الصحيح لهذه العقود وما ترتبه من التزامات في ذمة البنك والذي يعتبر الطرف المشترك في عقد الحامل وعقد التاجر.

الفصل الأول

مصدر التزامات البنك في بطاقات الائتمان

الفصل الأول

مصدر التزامات البنك في بطاقات الائتمان

يؤصل بعض الفقه[1] مصادر الالتزام استنادا إلى معيار الاعتماد على مدى توجه الإرادة إلى إنشاء التزام معين في إنشائه فعلا من عدمه، إلى مجموعتين أساسيتين، الواقعة القانونية والتصرفات القانونية.

يقصد بالواقعة القانونية كل واقعة يرتب عليها القانون أثرا بغض النظر عن أن تكون الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر من عدمه، ومثال ذلك الواقعة الطبيعية حيث تترتب التزامات على واقعة الميلاد والجوار وغيرها من الوقائع الطبيعية دون الاستناد أو الرجوع إلى مدى توجه الإرادة لإنشاء هذا الالتزامات، ويرتب القانون كذلك التزامات على الوقائع المادية التي تصدر عن الإنسان سواء أكان ما يقوم به من أفعال عمدي أو غير عمدي، مشروع أو غير مشروع .

أما التصرفات القانونية فهي التصرفات التي تترتب عليها التزامات يكون مصدرها إرادة الإنسان، فإذا اقترنت الإرادة بإرادة أخرى كان مصدر الالتزام هنا العقد وإذا لم تقترن بإرادة أخرى كان المصدر الإرادة المنفردة.

وتنشئ العقود التي يبرمها البنك مع كل من الحامل والتاجر عند توفر كل الأركان العامة والخاصة بمثل هكذا أنواع من العقود، بما في ذلك من توافق لإرادة كل من البنك والحامل في عقد الحامل وتوافق لإرادة كل من البنك والتاجر في عقد التاجر، هذه العقود هي التي تحكم العلاقة بين طرفي كل عقد وتحدد التزامات كل طرف، أن خصوصية كل علاقة من العلاقات السابقة والآثار المترتبة عليها بالإضافة إلى عدم تنظيمها بنصوص قانونية

[1]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري–، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة 2003، ص8.

خاصة بها من طرف المشرع، يستدعي الوقوف على كل عقد ودراسته دراسة تفصيلية، وعليه فسنتناول وبنوع من التفصيل تكوين وانتهاء كل من عقد الحامل في المبحث الأول من هذا الفصل وعقد التاجر المبحث الثاني.

المبحث الأول

عقد الحامل

عقد الحامل هو العقد الذي ينظم العلاقة بين البنك أو الجهة المصدرة للبطاقة والعميل أو الحامل، ويسميه البعض عقد الانضمام، وهو من العقود الملزمة لجانبين كما أنه يعد من عقود الإذعان، حيث أن الحامل لا يملك حق مناقشة بنوده وأحكامه، لذلك فهو يأخذ دائما شكل نموذج لطلب إصدار بطاقة مصرفية إذ يقوم الحامل بملء بياناته وتوقيعه وتقديمه إلى البنك المصدر.

ويعتبر هذا العقد قائما على الاعتبار الشخصي وبالتالي فإن البنك المصدر يتمتع بمطلق الحرية في المضي نحو إتمام التعاقد مع الحامل أو رفضه، وذلك بناءا على اعتبارات عديدة أهمها حجم الائتمان المطلوب منحه وسمعة طالب البطاقة وقدراته المالية[1].

ويسلم المصرف البطاقة إلى العميل بموجب العقد المبرم بينهما، ويشترط أن يتوفر فيه (كغيره من العقود) رضا صحيح صادر عن شخص كامل الأهلية[2]، كما يشترط فيه مشروعية المحل والسبب لكي يكون العقد صحيحا ويرتب آثاره القانونية.

يحكم العلاقة بين الجهة المصدرة للبطاقة وحاملها العقد المبرم بينهما، والذي يحدد كيفية إصدار البطاقة وشروطها ومدة صلاحيتها وكيفية استخدامها والحد الأقصى للمبالغ التي يجوز للعميل التصرف فيها، وكيفية تسديد المبالغ المترتبة بذمة حامل البطاقة، فضلا عن بيان حالات إلغاء البطاقة وسحبها والأحكام المتعلقة بسرقة البطاقة وغيرها.

[1]– معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان الالكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها،دار النهضة العربية، مصر، 2006،ص 75.

[2]– فيصل محمد عبد، مقال بعنوان:" عقد بطاقة الائتمان"، منشور بمجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة العدد الثاني، العراق 2015، ص279.

المطلب الأول

تكوين عقد الحامل

تصدر البطاقات المصرفية تنفيذا للعقد الذي يبرمه البنك مع العميل طالب البطاقة، والذي يطلق عليه الفقه عقد الحامل أو عقد الانضمام، وذلك إبرازا للطابع التنظيمي له الذي ينكمش معه دور الإرادة في حدود إفصاح العميل طالب البطاقة عن رغبته في الاستفادة من التنظيم اللائحي الذي يحكم إصدار واستعمال البطاقة، والذي تستقل الجهة المصدرة بوضعه وتحديد شروطه، ويتضمن العقد شروطا مختلفة منها ما يتعلق باستعمال البطاقة، ومنها ما يتعلق بتعديل العقد، كما يتم الإشارة أيضا إلى تحديد مدته الزمنية وأسباب انقضائه[1].

الفرع الأول: أركان عقد الحامل.

يقوم عقد الحامل على الأركان الأساسية لأي عقد، فيجب أن تتوافر الأهلية في المتعاقدين ، إذ هي التي تسمح بحصول كل منهم على حقوقه وتلزمه بالواجبات، كما لا بد من توافر الرضا الصادر عن إرادة حرة خالية من العيوب (الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال) لكل منهما، وأن يكون المحل والسبب مشروعين غير مخالفين للنظام العام والآداب العامة، إضافة إلى ركن خاص في عقد الحامل وهو التسليم (تسليم البطاقة)[2].

أولا/ رضا الطرفين المتعاقدين.

يبرم عقد الحامل عادة بإيجاب من العميل وقبول عن الجهة المصدرة للبطاقة، ويتخذ إيجاب العميل صورة التوقيع على نموذج مطبوع لطلب البطاقة، ويتمثل قبول الجهة المصدرة في قيامها بعد فحص طلب العميل بتسليم البطاقة.

---

[1]- محمود مختار أحمد بريرى، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، مصر،2007، ص 187.

[2]- عبد الحكيم أحمد محمد عثمان، أحكام البطاقات الائتمانية في القانون والآراء الفقهية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2007 ، ص 105.

1/ الإيجاب في عقد الحامل.

الإيجاب بوجه عام تعبير عن الإرادة يصدر من شخص موجها إلى شخص آخر، وهو تعبير نهائي عن الإرادة التي يتم بها العقد إذا ما اتصل معه القبول[1]، وقد يكون الإيجاب الكترونيا، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات، وسواء كان الإيجاب عاديا أو الكترونيا، فيجب أن يتضمن العناصر والمعلومات الأساسية التي لابد من توفرها لإبرام العقد[2].

أما عن الإيجاب في عقد الحامل فالعادة جرت على أن يقوم البنك بإعداد وتوزيع نماذج مخصصة لطلب البطاقة، وهذا العمل يكيف على أنه دعوة للتعاقد من البنك، بينما يتمثل الإيجاب في تعبئة النماذج السابقة وتوقيعها من طرف العميل.

وبالنسبة للقبول فهو متروك للبنك مصدر البطاقة، حيث يدرس الطلب ليتخذ القرار بمنح أو رفض إصدار البطاقة متى وجد أن مقدم الطلب ليس أهلا لذلك، ولا يجبر على تسبيب رفضه، وهذا استنادا إلى مبدأ حرية التعاقد والاعتبار الشخصي للعقود المصرفية، وعلى ذلك لا ينعقد العقد بين مصدر البطاقة وطالبها، إلا بالموافقة النهائية للمصدر، وتسليم البطاقة للطالب[3].

2/ القبول في عقد الحامل.

القبول بصفة عامة هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب، ولا يختلف القبول الالكتروني عن القبول بمفهومه التقليدي، وإنما الخلاف يكمن في وسيلة للتعبير عنه، والقاعدة هي أن لا تحتيم في القبول، وذلك استنادا إلى أن

[1]- طاهر شوقي مؤمن ، عقد البيع الالكتروني ، دار النهضة العربية ،2007، ص 33.

[2]- إلياس ناصيف ، العقود الدولية (العقد الالكتروني في القانون المقارن) ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، الطبعة الأولى 2009 ، ص 79 .

[3]- مرباح صليحة، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 61 .

الإيجاب يجعل انعقاد العقد متوقفا على إرادة من وجه إليه الإيجاب، فيكون له أن يقبله أو أن يرفضه[1].

غير أن عقود الحامل بوجه عام تتميز بوضع خاص بحكم أنها تسبقها دعوة إلى التعاقد وأن شخص المتعاقد الآخر محل اعتبار في العقد، وهذا من شأنه أن ينشأ التزاما على الجهة المصدرة للبطاقة بعدم رفض الإيجاب، حيث لا يصح أن ترفض الجهة التي دعت إلى التعاقد الإيجاب الموجه إليها بسبب تعيل أحد بنود العقد وإلا كان ذلك تعسفاً في استعمال الحق، وذلك على أساس أن الالتزام بعدم رفض الإيجاب من قبل من دعا إلى التعاقد يرجع ما تقرره القواعد العامة في استعمال الحق من حيث الالتزام بعدم التعسف[2].

3/ مدى تطابق الإيجاب والقبول.

قد لا يثير تطابق الإيجاب والقبول جدلا يذكر في عقد الحامل نظرا لما تتميز به من وضوح وتحديد لمضامينها، فالعقد تعده بشكل فني متناهي في الدقة الجهة المصدرة للبطاقة المصرفية، ويدون حامل البطاقة بياناته عليه ويوقعه دون أن يكون له حق مناقشة شروطه.

ويعتبر تطابق القبول للإيجاب من حيث مضمونه أساس وجود العقد، وقد ألزم المشرع المتعاقدان بذلك صراحة وقرر في ذلك وجوب تحديد العناصر الأساسية للعقد بحيث يكون اتفاق المتعاقدان شاملا لهما.

ويقرر الفقه بوجه عام أن الاتفاق على الشيء والثمن كافيا لانعقاد العقد وهذا التحديد مبناه استنتاج القضاء، ويتضمن عقد الحامل تحديدا دقيقا للثمن الذي يظهر في شكل فائدة

---

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الثانية 2016، ص 439 –عبد الوهاب مخلوفي، " التجارة الالكترونية عبر الانترنت" أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012/2011، ص 99.

[2]– عبد الصمد حوالف،" النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني" أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014 ، ص 185.

أو عمولة، وكذا الشيء الذي يظهر في شكل خدمات محددة بدقة من حيث نوعها وحجمها وتوقيعها ... الخ، وعلى ذلك يجري التشريع في بعض الدول كإنجلترا وفرنسا في التشريعات الخاصة بالبطاقة الائتمانية من حيث وجوب تحديد رسوم الاشتراك وسعر الفائدة بدقة عند التعاقد وإلا بطل العقد، ويتحرى القضاء غالبا فحوى اتفاق الإرادتين في العقد فيقرر أن غياب موافقة أحد الطرفين على شروط العقد يترتب عليها "أن هذا العقد لم يتكون بعد"، بحيث أنه لم ينشأ إلا بعد التثبت من وجود اتفاق الطرفين على جميع شروط العقد[1].

وعلى ذلك فليس من المتصور عمليا أن يكون هناك مجال للشك في تطابق الإيجاب والقبول في عقد الحامل، ولا سيما من جهة القبول، لأنه لا يتصور أن يصدر القبول قانونا بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه، فالعقد ينعقد طبقا للمضمون المحدد فيه.

ثانيا/ أهلية المتعاقدين.

يشترط لصحة العقد أن تتوافر لدى طرفيه الأهلية القانونية لإبرامه، ولا يعتد به إلا إذا كان صادر عن إرادة مدركة ومميزة من كلا طرفي العقد وعليه فلابد من التعريج على أهلية البنك في البداية، ثم التطرق إلى أهلية الحامل وفقا لما يلي.

1/ أهلية المصدر.

يجب أن يكون مصدر البطاقة مؤسسة مالية مرخص لها بممارسة نشاط البطاقات والتعامل بها، حيث يشترط المشرع الجزائري بنص المادة 83 من الأمر 11/03[2] على أنه: "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات

---

[1]– موسى رزيق، مقال بعنوان:"رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد والحماية التي يقرها المشرع له"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003 ص 1059.

[2]– الأمر رقم 01/03 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض(الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 2003/08/27).

مساهمة..." كما يجب على البنك أيضا الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض قبل إنشاء وذلك إعمالا لنص المادة 82 من نفس الأمر[1].

إلا أنه في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية يتم منح حق إصدار البطاقات حتى لبعض المنظمات غير المالية مثل: رابطة السيارات الأمريكية التي عقدت اتفاقات مع بنوك تجارية لإصدار بطاقات دفع لأعضائها باسم المنظمة... حيث أصبح الأمر عاديا بالنسبة لهم في إصدار هذا النوع من البطاقات، و وصل الأمر لبعض فرق البيسبول فأصبحت تقدم هذا النوع من البطاقات[2].

وتقتضي أهلية المصدر أن لا يكون مفلسا وقت التعاقد وأن يتم التعاقد باسم الشخص المخول له إبرام العقود في المؤسسة[3]، حيث تنطبق عليه جميع أحكام الإفلاس والتسوية القضائية التي نص عليها المشرع، ففي حالة قيام المصدر بالتعاقد لإصدار بطاقة مصرفية في فترة الريبة فإن ثبوت الصفة التجارية للمصدر، كونه بنكا أو مؤسسة بنكية بشكل عام، تجعله خاضعا لأحكام المادتين 247 و 249 من القانون التجاري[4]، والمتعلقتين بعدم نفاذ التصرفات القانونية في فترة الريبة.

2/ أهلية الحامل.

يجب أن يكون حامل البطاقة متمتع بالأهلية الكاملة، أي الأهلية القانونية والتي حددها المشرع الجزائري بـ 19 سنة كاملة، وخاليا من عوارض أو موانع الأهلية[5]، وذلك

[1] –عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 182.

[2]– أنس العلبي، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،الطبعة الأولى 2005 ، ص72.

[3]– المرجع نفسه، ص73.

[4]– الأمر 59/75 المؤرخ في 20رمضان 1395الموافق 26سبتمبر سنة 1975المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–02 مؤرخ في6 فيفري 2005 جريدة رسمية عدد 11 صادر في 09 فيفري2005.

[5]– المواد 40، 42 و43 من القانون المدني الجزائري.

حسب أحكام المادة 78 من القانون المدني: "كل شخص أهل للتعاقد مالم تطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

أ/ أهلية حامل البطاقة الأساسية.

يمكن تعريف حامل البطاقة الأساسية بأنه:"الشخص الذي تعاقد مع البنك لإصدار البطاقة، وله حساب لدى البنك المصدر يقيد فيه جميع المبالغ الناشئة عن استخدام بطاقته الأساسية وبطاقته الإضافية إن وجدت".

ويتعين لتحديد الأهلية اللازمة في حامل البطاقة تحليل العلاقات الناشئة عن قيام البنك بتقديم البطاقة المصرفية لأحد عملائه، فإذا نظرنا للعلاقة بين البنك المصدر والحامل نجد أن حامل البطاقة تحصل على البطاقة نظير دفع مقابل مادي للبنك عبارة عن الاشتراك السنوي والعمولات والفوائد، كما يقوم البنك بالخصم من حساب الحامل بقيمة الفواتير التي وقع عليها جراء اقتنائه لسلعة أو الخدمة التي حصل عليها، وهذا من أجل الوفاء للتاجر بعد خصم العمولة المتفق عليها.

لذا ذهب غالبية الفقه إلى أنه يتعين أن يتوافر في حامل البطاقة أهلية أداء كاملة، فعند تطبيق القواعد العامة في الأهلية[1]، نخلص إلى أن تعاقد حامل البطاقة مع مصدرها يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لذا يجب أن تتوفر فيه أهلية أداء كاملة[2] ،وكما تم الإشارة إليه فالحصول على البطاقة بحد ذاته يتطلب بدلا سنويا وفوائد تنقص أو تزيد يفرضها البنك المصدر عند منح البطاقة، وعند القيام باستعمالها أو التأخر في الدفع قيمة هذا الاستعمال[3].

---

[1] –عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 183.

[2]– خالد عبد التواب عبد الحميد احمد،أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في الحقوق بعنوان:" نظام بطاقات الدفع الالكتروني من الناحية القانونية"، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر،2005 /2006، ص 77.

[3]– عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 184 .

ب/ أهلية حامل البطاقة الإضافية أو التابعة.

البطاقة الإضافية هي البطاقة التي يتم إصدارها بناءا على طلب حامل البطاقة الأساسية الذي يكون مسؤولا عن جميع المبالغ المستحقة نتيجة استخدام بطاقته الأساسية و بطاقته الإضافية.

ويجب لإصدار تلك البطاقة أن يكون حامل البطاقة الأساسية كامل الأهلية نظرا لكونه يتحمل المبالغ الناشئة عن استخدامات تلك البطاقة، ولتحديد الأهلية اللازمة لحامل البطاقة الإضافية، يتعين تحليل العلاقة بين حامل تلك البطاقة والبنك المصدر و التمييز بين الحالتين[1]:

I/ حامل البطاقة التابعة مسؤول عن استخدام بطاقته.

حيث قد يتضمن عقد إصدار البطاقة التابعة للنص على مسؤولية حاملها وتسوية المبالغ الناشئة عن استخدام بطاقته بالتضامن مع حامل البطاقة الأساسية، بعد أن يكون البنك المصدر استوفى توقيع حامل البطاقة التابعة على عقد إصدار البطاقة وأن تتوفر لديه الأهلية الكاملة.

وإذا كان حامل البطاقة التابعة قاصرا فإن هذا الاتفاق يكون قابلا للإبطال لمصلحته، إلا أن هذا الإبطال لا يمنع البنك من الرجوع عليه وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

II/ حامل البطاقة التابعة غير مسؤول عن استخدامات بطاقته.

في هذه الحالة يكفي أن يكون الحامل مميزا مدركاً لكيفية استخدام البطاقة في الحصول على النقود أو السلع.

---

[1]–خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق، ص 80.

ج/ أهلية حامل البطاقة الصادرة بإسم شخص معنوي.

تتوقف الأهلية اللازمة في حامل هذه البطاقة على مدى مسؤوليته عن استخدامات البطاقة في مواجهة البنك المصدر، ونحيل في هذا الشأن إلى أهلية حامل البطاقة الإضافية، مع مراعاة أنه يجب أن يتوافر في حامل هذه البطاقة الأهلية اللازمة لإبرام عقد العمل[1].

ثالثا/ محل عقد الحامل.

المحل هو الشيء الذي يلتزم أحد الأطراف بتقديمه أو يلتزم بعمل أو الامتناع عن عمل،

ويشترط فيه أن يكون موجودا أو قابلا للوجود وأن يكون معيناً أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا[2].

وينصب محل الالتزام في عقد الحامل على البطاقة نفسها، فيكون محل التزام المصدر هو وضع بطاقة مصرفية بين يدي الحامل ودفع أي مبلغ ناتج عن أي عملية يقوم بها الحامل بواسطة[3] البطاقة، ومحل التزام حامل البطاقة هو إيفاء المصدر للمبلغ الذي أنفقه بواسطة البطاقة وفائدة على قيمة هذه المبالغ مضاف إليه مبالغ اشتراك تدفع بشكل سنوي[4].

رابعا/ السبب في عقد الحامل.

السبب المنشئ للعقد أي الغاية المباشرة التي قصدها الملتزم من التزامه بكامل إرادته، والقانون اشترط أن يكون السبب مشروعا[5]، وهذا ما قضت به المادة 97 من القانون المدني

---

[1]- المرجع نفسه، ص 82 .

[2]- طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص 46.

[3]- أنس العلبي ، مرجع سابق ، ص 72 .

[4]- معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان الالكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، دار النهضة العربية، مصر، ص 753.

[5]- سهام نبيل، مرجع سابق، ص 51.

الجزائري "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"، ويعد عقد الحامل من العقود الملزمة للجانبين وانطلاقا من هذا فإن لكل طرف في العقد سبب معين لالتزامه.

1/ سبب التزام المصدر.

يكون السبب بالنسبة للمصدر في عقد الحامل سعيه لتحقيق الربح من خلال نشاطه وهذا هو باعثه الرئيسي للتعاقد، إذ أن قيامه بإصدار بطاقة مصرفية إلى أحد عملائه سيتبعه تقاضي عائدات لقاء ذلك يحدد مبلغها العقد وعادة ما تكون تلك العوائد سنوية، ناهيك عن الفائدة أو العمولة التي يتقاضاها على مجمل فواتير الحامل والتي تشكل رقما لا يستهان به، وفي حال كان هناك اتفاق على فائدة تتحقق في حال تأخر الحامل عن الدفع أو غرامة تستحق، فإن حصول المصدر على مبلغ تلك الفائدة أو الغرامة هو جزء من سبب تعاقده على إصدار بطاقة.

كما أن التوسع في إصدار البطاقات يولد للمصدر سواء كان مصرفا أم شركة متخصصة سمعة قد تصل إلى حد عالمي يجعل بطاقته مقبولة في أي مكان في العالم مما يدفع الجمهور للانضمام إلى المتعاملين معه وحمل بطاقته[1].

2/ سبب التزام الحامل.

أما بالنسبة للحامل فإن الباعث عن تعاقده يكمن في حصوله على البطاقة لتسهيل عمليات الشراء التي يقوم بها، وتجنبا لحمل النقود العادية أو حمل مبلغ كبير منها وما سيتبع ذلك من مخاطر كالسرقة والسطو ...ألخ.

---

[1]– أنس العلبي ، مرجع سابق، ص 77.

ولكن ما العمل إذا كان سبب تعاقد الحامل هو تسهيل دفع ديون القمار بواسطتها؟. وهل يستطيع المصدر التنصل من التزامه بالدفع بحجة عدم مشروعية العملية التي قام بها الحامل؟

إن من المبادئ الثابتة في نظام التعامل ببطاقة الائتمان هو استقلال الحامل عن المصدر تبعا لاستقلال مضمون عقد الحامل عن مضمون كل من العقدين اللاحقين المكملين للثالوث الذي يحتاجه التعامل بالبطاقة لذلك فإنه من غير الممكن أن يحاسب المصدر حاملي بطاقته على مشروعية العمليات المنفذة بواسطة البطاقة، طالما أن عملية التزويد بالخدمات بحد ذاتها صحيحة[1].

ويبقى موضوع الحصول على أداة ائتمانية لوفاء ديون القمار باعثا غير مشروع للتعاقد طبقا للنظام العام في بلادنا وهذه هي القاعدة العامة، ولكن التعامل قد فرض استثناءا بإخراجه الحصول على البطاقة لذلك الغرض من دائرة عدم الشرعية لذلك لابد من تلاقي هذه الثغرة عند سن تشريع ينظم البطاقة المصرفية في بلادنا[2].

خامسا / التسليم.

قد لا يكفي ركن التراضي لانعقاد العقد، أو قد يقضي القانون حماية للمتعاقدين بأن العقد لا ينعقد إلا إذا تم تسليم الشيء المتعاقد عليه، وعندئذ يطلق على العقد على أنه عقد عيني فالتسليم في العقد العيني ركن من أركان العقد، وعقد الحامل محله بطاقة مصرفية حيث لا تسلم هذه البطاقة لطالبها إلا بعد فترة زمنية معينة فالمصدر يستغرق هذه الفترة حتى

[1]- جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية و المدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، نادي القضاة، الطبعة الثانية،2011 ص 90 – نبيل محمد صبيح، مقال بعنوان " بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية"، مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة السابعة والعشرون، مارس 2003، ص 278.

[2]– أنس العلبي، المرجع السابق، ص 78.

يقوم بطباعة اسم الحامل ورقم البطاقة وتاريخ انتهاء الصلاحية وتعريف الحاسوب والأجهزة الالكترونية عليها لإدخالها ضمن الوفاء بالبطاقة[1].

وإزاء وجود فترة زمنية ما بين توقيع الحامل وتسليم البطاقة فهل يعتبر العقد منعقدا من تاريخ التوقيع أم من تاريخ تسليم البطاقة لحاملها؟ بمعنى أن التسليم ركن من أركان عقد الحامل وبالتالي فهو عقد عيني أم أنه التزام ينشأ عن العقد بعد أن يتم؟

وفي هذا الشأن ورد في المادة الخامسة من التوصية الصادرة من اللجنة المصرفية للجماعة الأوروبية بتاريخ 1988/11/17 مايلي: " لا يمكن إرسال أية وسيلة للوفاء للمستهلك إلا إذا قام بطبعها ويعد العقد الذي يربط المصدر بالحامل منعقد عند استلام المستهلك الذي قدم الطلب وسيلة الوفاء نسخة من الشروط التعاقدية التي قبلها".

والقواعد المنظمة للبطاقات المصرفية لم ترد في النصوص القانونية، وإنما وردت كعرف تجاري مصرفي والعرف وباعتباره من مصادر القانون فإنه يتمتع بمكانة هامة في القانون التجاري ،وبالأخص في مجال الأعمال المصرفية لأن بيئة ذلك القانون متطورة لا يقوى المشرع على ملاحقتها، لذلك نصت المادة 1 مكرر من القانون التجاري الجزائري على أهمية العرف في حال عدم وجود نص وجعله في المرتبة الثالثة بعد القانون التجاري والقانون المدني.

الفرع الثاني: زمان ومكان انعقاد عقد الحامل ومضمونه.

لا يكفي لانعقاد عقد الحامل توافر أركانه، بل لابد أيضا من توافر شروط معينة حددها الفقهاء لتمام قيام هذا العقد، كما أنه تثار بعض إشكاليات حول تحديد ومكان إبرامه وكذا الشكلية الواجب توافرها فيه.

---

[1]- عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 284.

أولا/ شروط انعقاد العقد.

وضع الفقه والقضاء العديد من الشروط والضوابط التي يستدل بها على انعقاد عقد الحامل[1] والتي تتمثل في:

1/ قبول الإيجاب السابق بواسطة المصدر.

القبول هو العمل الذي تعبر به الجهة المصدرة عن إرادتها في إبرام عقد الائتمان المقترح من طالب البطاقة ، حيث إذا ما وجد المصدر إيجابا يلائمه فيجب عليه إعلام الطالب بقبوله لإيجابه، وذلك بإرسال نسخة من هذا الإيجاب (المحدد بنماذج) بعد التوقيع عليه بما يفيد القبول، وذلك برسالة موصى عليها.

كما يمكن للمصدر تسليم الإيجاب مباشرة للطالب أو لوكيله الذي يدون على هذا الإيجاب تاريخ التسليم، وتعد الشكلية الخاصة بإرسال الإيجاب لا مفر منها لتحديد التاريخ الذي تم فيه قبول الإيجاب[2].

2/ موافقة المصدر على شخص الحامل.

إن عدم وجود نصوص قانونية فيما يخص تقديم البطاقات، يجعل البنك لا يلتزم بتقديم بطاقات بنكية لكل زبائنه الذين يقومون بطلب ذلك، لان كل ذلك يرتكز على الأمان، فموافقة المصدر على شخص الحامل تحكمها عدة ضوابط تتعلق بوجود ضمانات كافية شخصية أو عينية والتي تتناسب مع الحد المصرح به لاستعمال البطاقة، و أنه عند قيام

---

[1]– سيد حسن عبد الله، مقال بعنوان:" المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الالكتروني"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث،2003 ، ص1249 .

[2]–عبد الراضي محمود كيلاني،النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 287.

المصدر بدراسة ملف طالب البطاقة المصرفية والتحقق من مدى توفر شروط منح البطاقة يقوم بالموافقة على منح الائتمان لشخص الحامل[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن ملكية البطاقة تكون للبنك المصدر لها،مما يمكنه من سحبها من حاملها في أي وقت أو رفض تجديدها و هذا حسب ما هو وارد في بنود العقد، و يشترط العقد أو الاتفاقية عادة أن يكون الرفض مسببا.

3/ عدم ممارسة طالب البطاقة المصرفية لحقه في العدول.

إن الحق في العدول في التعاقد هو إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدتها قوانين الاستهلاك، بغية توفير الحماية اللازمة و الفعالة للمستهلك[2].

والمشرع الجزائري لم يقرر حق المستهلك في العدول بمعناه القانوني، لكنه أجاز له أن يمارس حقه في رد المنتوج في حالة وجود عيب فيه دون تحمل أعباء إضافية[3].

أما على صعيد النظم القانونية الأخرى نجد أن القانون الفرنسي الخاص بحماية المستهلك قد اقر بأحقية المستهلك في العدول عن الصفقة التي قبلها، و هذا في مهلة 7 أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه للمنتوج دون أن يكون ملزما بتقديم أي أسباب لهذا الانسحاب[4]، و بدوره فالبرلمان الأوروبي منح المستهلك للخدمات المالية الحق في إنهاء العقد بعد إبرامه دون أن يتم فرض جزاءات من قبل مقدم الخدمة المالية أو يكون ملزما بتقديم أي أسباب

---

[1]- عقيل مجيد كاظم الحمادي، مقال بعنوان:" التنظيم القانوني لبطاقات الائتمان" منشور بمجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني السنة الثالثة 2011 ، ص 178 .

[2]- منصور حاتم محسن،إسراء خضير مظلم ، مقال بعنوان:" العدول عن التعاقد الالكتروني"، منشور بمجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني السنة الرابعة ، ص 54 .

[3]- عبد الصمد حوالف، مقال بعنوان:" الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية"، منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، عدد 2016/01/15 ، ص 127.

[4]- سيد حسن عبد الله، مرجع سابق، ص 1250 .

قانونية لهذا الإنهاء، على أن يكون هذا الانسحاب خلال 14 يوما من تاريخ إتمام التعاقد (بإخطار البنك عن نيته في الانسحاب من العقد) و انه لم يتم تنفيذ الالتزامات العقدية.

و هنا يثار تساؤل هل أن للمصدر أن يستفيد من هذه الأحكام و يقوم بإنهاء العقد المصرفي بعد انعقاده؟

الواضح من صياغة التوجيه أنها جاءت لتخاطب العميل أو المستهلك كشكل من أشكال حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، الأمر الذي لا يمكن معه القول باستفادة المصدر من هذا النص و إعطاءه الحق في إنهاء العقد المصرفي بعد إبرامه، ويبرر ذلك أن الحاجة لإعطاء البنك مثل هذه المكنة لا تبدو ملحة، فطبيعة العقد تسمح له أن لا يقبل التعاقد إلا بعد أن يستوثق جيدا من شخصية المتعاقد معه، يضاف إلى ذلك أن البنك غالبا ما ينص في العقود التي تحكم علاقته بعملائه على حقه في إنهاء العقد بإرادته المنفردة[1].

و على ذلك فإذا لم يستعمل طالب البطاقة لإمكانية العدول و صدر عن المصدر موافقته على شخص الحامل انعقد العقد، أما إذا مارس حقه في العدول فان العقد لا يعد باطلا و إنما منعدم و لا يحدث أي اثر[2].

ثانيا/ زمان ومكان انعقاد عقد الحامل.

ينعقد العقد عندما يقترن الإيجاب بالقبول، ويتم هذا التصرف في الزمان والمكان الذي يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد، ونظرا لعدم تطرق التشريعات لمسألة انعقاد عقد الحامل وبالخصوص عدم تطرق المشرع الجزائري إليها، نعود فيما يتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد إلى القواعد العامة في القانون المدني.

---

[1]– علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص389.

[2]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 545.

1/ زمان انعقاد العقد.

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من القانون المدني[1]، والتي تقتضي أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، أي انعقاد العقد في اللحظة التي يعلم بها الموجب بقبول الموجب إليه، ونفس الأمر نجده في التعاقد الالكتروني بحيث ينعقد العقد في اللحظة التي يطلع فيها الموجب على بريده الالكتروني واطلاعه على مضمون الرسالة المتضمنة للقبول، والأصل أن تمام انعقاد العقد يكون في اللحظة التي تلتقي فيها الإرادتان- إرادة الموجب وإرادة القابل- ومن ثمة لا تظهر صعوبة في تحديد زمان انعقاد العقد عندما يتم بين شخصين حاضرين في مكان واحد، والغالب في عقود الحامل أنها تتم عن طريق ملئ الطالب لنموذج معد سابقا يكيف على أنه إيجاب صادر منه إلى البنك الذي يقوم بدراسة الطلب وبعدها يصدر قراره بخصوص ذلك.

وعليه فالقبول لا يكون حالا في مجلس العقد وإنما يتأجل لمدة معينة[2] ، إذا فينعقد عقد الحامل في اللحظة التي يعلم بها طالب البطاقة المصرفية بقبول المصدر التعاقد وإصدار بطاقة خاصة به وتسليمها له.

2/ مكان انعقاد العقد.

إن لتحديد مكان انعقاد العقد أهمية كبيرة، فعليه ينبني تعيين المحكمة المختصة بالنظر في النزاع[3]، ولا تثور الصعوبة بالنسبة للتعاقد بين حاضرين، حيث يصدر التعبير الإرادي ويعلم به كل طرف في نفس الوقت، فيتم العقد في مكان الاجتماع.

---

[1]- حيث تنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على ما يلي:" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية 2011 ، ص 101 .

[3]- أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادية و غير الإرادية للالتزام)، بدون ناشر،2008 ، ص 31.

أما بالنسبة للتعاقد بين غائبين وهو ما ينطبق على عقد الحامل، فتنص المادة 67 من القانون المدني على أنه: "يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

أما إذا تم إبرام عقد الحامل عبر الانترنت، فتثور إشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني، وذلك راجع إلى صعوبة تحديد المكان الذي ترسل منه الرسائل الالكترونية ومكان استسلامهما، فكلاهما يتم في فضاء خارجي صعب التحديد، وهو ما تنص المادة 18 المعدلة من القانون المدني على 3 ضوابط أحدها أساسي وهو قانون إرادة المتعاقدين وآخران احتياطيان هما: قانون الوطن المشترك والجنسية المشتركة وقانون إبرام العقد، واختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم من طرف المتعاقدين عبر شبكة "الويب" كما يمكن أن يتم من خلال الرسائل المتبادلة بالبريد الالكتروني.

ثالثا/ الشكلية في عقد الحامل.

تعد الرضائية مبدأ أساسي في إبرام العقود ذلك أنه وبمجرد التقاء إيجاب والقبول يتم إبرام العقد، مالم يتطلب القانون شكلا معينا يتوجب إتباعه للإبرام فإن العقد يقوم صحيحا بمجرد تبادل الرضا بين أطرافه[1].

والمشرع الجزائري وباعتبار أنه لم ينظم عقد الحامل، وبالتالي لم ينص على وجوب إعداده في شكل معين، وعليه فيتم الرجوع إلى الأصل في إبرام العقود أي يكفي لانعقاد تراضي المتعاقد في (المصدر والحامل)، غير أنه لا يوجد ما يمنع من إعداده في شكل مكتوب لما توفره الكتابة من مزايا للمتعاقدين، حيث تمكنهم من اتخاذ قرارهم بإبرام العقد بروية وبتفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه ومدى خطورته، وتقيهم من التسرع والوقوع في الغلط، كما تضع بين أيديهم دليلا معدا للإثبات.

---

[1]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، مرجع سابق ، ص 60.

إلا أنه يجب التنويه في هذا الصدد أن عقد الحامل عقد عيني، والعقد العيني في القانون الروماني عقد شكلي[1] لا يكفي الرضا وحده لانعقاده وإنما يجب تسليم المحل، وعليه ففي عقد الحامل لابد من تسليم المصدر البطاقة للحامل لتمام قيام العقد.

المطلب الثاني

الخصائص القانونية لعقد الحامل.

يتميز هذا عقد الحامل بعدة خصائص كغيره من العقود، إذ يعد من العقود غير المسماة لعدم وجود تنظيم تشريعي له، وهذه الخصائص يمكن استخلاصها من نماذج العقود التي تعدها البنوك[2]، والتي ستقوم بالتطرق إليها في الآتي:

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الحامل.

سنعالج في هذا الفرع الخصائص العامة لعقد الحامل والتي يتقاطع فيها مع العقود الواردة في القانون المدني:

أولا/ عقد رضائي.

نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، أي يكفي لانعقاد عقد الحامل تراضي المتعاقدين – البنك والعميل–، أي اقتران الإيجاب الصادر من العميل الراغب في الحصول على البطاقة بالقبول من البنك، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد، ولا يمنع العقد أن يكون

---

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بدون طبعة، ص 154.

[2]–سعد محمد سعد، مقال بعنوان:" المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة المصدرة للبطاقة والتاجر"، مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثاني، 2003، ص802.

رضائيا أن يشترط في إثباته شكل معين، إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فمادام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين فالعقد رضائي[1]، وعليه فيكفي رضا كل من المصدر والحامل لانعقاد عقد الحامل وهو الأصل في انعقاد العقود.

ثانيا/ عقد غير مسمى.

عقد الحامل هو عقد غير مسمى، فالعقد الغير مسمى هو الذي لم يتناول القانون تنظيمه ولا وضع اسم خاص له، فالعقد المسمى تطبق عليه الأحكام الخاصة به التي أوردها القانون بشأنه، أما العقد غير المسمى فتطبق عليه القواعد العامة[2].

ويسمى عقد الحامل بهذا الاسم لأن العقد لا يمكن أن يكون قائم بشكل كامل بين طرفيه، مرتبا لجميع أثاره إذا لم ينتهي بتسليم البطاقة للعميل إي إذا لم يصبح العميل حاملا للبطاقة الصادرة من البنك الذي تعاقد العميل معه، كما أن هناك جانب من الفقه يصطلح عليه تسمية عقد الانضمام لأن الحامل ينضم إلى نظام البطاقة الذي يصدر عن الهيئة الدولية أو عن المصرف أو المؤسسة المالية المصدرة للبطاقة[3]، إلا أن الراجح أن تسمية عقد الحامل هي الأنسب على اعتبار خلو التشريع الجزائري من قواعد قانونية خاصة تنظمه .

ثالثا/عقد ملزم لجانبين.

يتميز عقد الحامل بأنه عقد ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فالأساس في العقد الملزم بجانبين هو ذلك التقابل القائم بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر بحيث يولد آثار تبادلية بحق أطراف العقد من حيث الحقوق والواجبات[4].

---

[1]–عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق، ص 150.

[2]–علي علي سليمان، مرجع سابق ، ص 24.

[3]– شبيب بن ناصر البوسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الالكترونية، مركز الغندور، مصر، 2009، ص 6.

[4]– عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق، ص158.

وجاء في المادة 57 من القانون المدني الجزائري "ويكون العقد تبادليا من التزام أحد الطرفين بمنع أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنع أو يفعل له".

فعقد الحامل هو من العقود الملزمة لجانبين بحيث أنه يرتب التزامات متبادلة بين المصدر والحامل، فيرتب في ذمة مصدر حامل البطاقة التزامات أساسية تتمثل في ضمان الوفاء للتاجر بقيمة المشتريات الذي نفذها حامل البطاقة وفتح اعتماد لمصلحته، في مقابل التزام حامل البطاقة بالاستخدام الشخصي لها وسداد قيمة الاعتماد الممنوح له من جانب المصدر[1].

رابعا/ عقد زمني.

هو العقد الذي يعتبر الزمن معيارا لتنفيذ التزاماته وعنصرا جوهريا فيه[2]، فعقد الحامل هو عقد زمني لأن الزمن هو عنصر أساسي فيه فلا يتصور أن يكون عقد الحامل فوريا، ولا يستطيع إن يكون كذلك، لأن مناط عقد الحامل هو الاستفادة من البطاقات المصرفية طيلة المدة المتفق عليها في العقد.

خامسا/عقد معاوضة.

هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه[3]، و نصت المادة 58 من القانون المدني على أن" العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما" ، فعقد الحامل وفقا لما سبق هو من عقود المعاوضة إذ أنه يخول للحامل الاستفادة من الخدمات و الامتيازات التي توفرها له البطاقة، في المقابل القيام بدفع الرسوم و الاشتراكات المقررة لاستخدام البطاقة.

---

[1]– فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة دار النهضة العربية،مصر، 1999/1998، ص 159.

[2]–علي علي سليمان، مرجع سابق ،ص 18.

[3]– عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص162.

سادسا/ عقد إذعان.

يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا، بصورة عامة ومجردة قبل الفترة التعاقدية، على أن يتكفل بهذا التحديد طرفا واحدا في العقد دون الطرف الثاني الذي لا يكون له سوى القبول أو الرفض[1]، هذا وغيرت المبادئ القانونية المعاصرة من مفهوم عقود الإذعان، فالمبادئ التقليدية تشترط ليعتبر العقد عقد إذعان أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها، وأن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك وأن تفرض شروط العقد على المستهلك دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها.

فلم يعد هذا العقد اليوم محصور في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا لسلعة أو خدمة ضرورية، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق، وليتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف.

وما يفرق عقد الإذعان عن العقود الأخرى هو عدم وجود مساومة بين طرفي العقد أو من الغير، بل أن تحديد محتوى العقد أو مضمونه كان بإرادة جهة واحدة، وهذه الإرادة المحددة لأركان العقد لا يعوزها سوى انضمام إرادة أخرى كي تعطي فعالية قانونية إلى تلك الإرادة المنفردة[2]، ويقدم العقد المبرم بين مصدر البطاقة المصرفية وحاملها في شكل نموذج لطلب البطاقة ويصطلح عليه بعقد إذعان[3]، حيث لا يكون لطالب البطاقة وهو الطرف

---

[1]– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 124.

[2]– محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 25.

[3]– فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص158.

الضعيف[1] فرصة لمناقشة البنود التي يتضمنها هذا النموذج المطبوع من طرف البنك وهو الطرف القوي.

سابعا/ عقد مختلط .

ترى غالبية الفقه أن معيار إسباغ الصفة التجارية على العقد إنما يستمد من نظرية الأعمال التجارية، فالعقد يعتبر تجاريا متى اندرج في عداد الأعمال التجارية، وهذا يعني بعبارة أخرى أن العقد يعد تجاريا متى كان موضوعه عملا من الأعمال التجارية الأصلية، أو كان القائم به تاجرا لحاجات تجارته، ومن المعروف أن جميع أعمال التجار تعتبر وفقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية تجارية إلى أن يقوم الدليل العكسي[2].

والمشرع الجزائري بنص المادة 13/2 من القانون التجاري اعتبر أعمال البنوك أعمال تجارية "كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة"، وعليه وباعتبار أن أحد أطراف عقد الحامل بنك فيكون العقد تجاريا في كل الأحوال بالنسبة للمصدر، أما الحامل فتحديد مسألة تجارية العقد بالنسبة له تكون بأعمال نظرية الأعمال التجارية،

---

[1] الضعف الذي قد يعتري المتعاقد تتعدد مظاهره تبعا لتنوع أسبابه أو العوامل التي تؤدي إليه، فهناك الضعف الملازم أو الذاتي والذي يرتبط بشخص المتعاقد بذاته، بحيث يكون نابعا منه، ويتحقق عندما يكون النمو العقلي للمتعاقد أو مستوى درايته ومعرفته بموضوع العقد، مما لا يكفي لأن يتخذ قرارا صائبا يعبر عن رضا مستنير بشأن فحوى الالتزامات المتبادلة التي يرتبها العقد، وقد يكون الضعف نسبيا ويتحقق ذلك عندما يضطر المتعاقد إلى قبول شروط جائزة يفرضها عليه الطرف الآخر – رغم توافر الأهلية اللازمة له ورضا مستنير لا يشوبه بما يعيبه– دون أن يكون له الخبرة في واقع الأمر بين قبول هذه الشروط أو رفضها، وقد سمي هذا الضعف بالضعف الاقتصادي، وقد يرجع إلى انعدام المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة أو الخبرة، وهو ما يسمى بالضعف المعرفي، حيث يكون المتعاقد جاهلا ببعض المعلومات والبيانات في الوقت الذي يكون المتعاقد الآخر يتمتع بخبرة طويلة في هذا الشأن. لمزيد من التفاصيل انظر: – محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م، ص12– مصطفى محمد أبو عمرو، التزام بالإعلام في عقود الاستهلاك " دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م، ص 53،52.

[2]– محمد حسين الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك،جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 1997، ص 4.

ففي عقد الحامل نكون أمام الطرف الأول – البنك – و يعد تاجرا في كل الأحوال وفقا لما سبق، والطرف الثاني –الحامل– قد يكون شخص طبيعي يخضع للقانون المدني– وهو الغالب– أو يكون تاجرا ويستعمل هذه البطاقة في اقتناء حاجاته اليومية التي ليس لها علاقة بتجارته ويعد العقد في هذه الحالة بالنسبة له مدنيا ، وقد يكون هذا الطرف الثاني تاجرا يستعمل البطاقة في مجال تجارته وبالتالي نكون أمام عقدا تجاريا بالنسبة لكلا الطرفين[1].

الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد الحامل.

وسنحاول في هذا الفرع التعرض إلى خصائص عقد الحامل المتعلقة به باعتباره عقد من العقود المصرفية:

أولا/ عقد قائم على الاعتبار الشخصي.

يعد عقد الحامل من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، بحيث أن هناك اعتبارات متعلقة بشخص العميل والتي تدفع البنك إلى التعاقد معه ومنحه الاعتماد أي الثقة فيه، وهذا ما يبرر قيام الجهة المصدرة بالاستعلام عن حالة العميل قبل أن تضع ثقتها فيه، وللجهة المصدرة أن ترفض التعاقد مع الشخص الذي يتقدم بطلب إصدار البطاقة إذا لم تتوفر فيه عناصر الثقة المطلوبة، ويترتب على مبدأ الاعتبار الشخصي أن للجهة المصدرة حق إلغاء البطاقة بإرادتها المنفردة قبل حلول أجل الاعتماد أو عدم تجديد الاعتماد لفترات لاحقة، إذا حدث ما يخل بثقة بالعميل كفقدانه الأهلية أو إفلاسه أو تدهور مركزه المالي.

ثانيا/ عقد الحامل عقد غير لازم.

يعرف العقد اللازم بأنه العقد الذي لا يمكن لأحد طرفيه أن يقوم بفسخه دون رضا الطرف الثاني، وبمفهوم المخالفة يكون العقد غير اللازم هو العقد الذي يمكن لأحد أطرافه

---

[1]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص126.

أن يفسخه دون الحاجة إلى رضا الطرف الثاني في العقد[1]، وعليه فالسمة الأبرز في عقد الحامل أنه يرخص للمصدر – البنك– بخيار الرجوع في تعاقده وفسخ العقد بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر (حامل البطاقة) [2].

فنجد أن البنك يضع بندا من بنود العقد– في عقد الحامل– يمنحه الحق في إلغاء صلاحية البطاقة في أي وقت وبصفة دائمة، في حالة عدم التزام حاملها بتنفيذ شروط الإصدار وهو ما يعد إنهاء للعلاقة بينهما، وبالتالي فسخ العقد الذي يجمعهما دون الحاجة إلى قبول أو موافقة من الحامل.

ثالثا/ عقد من العقود الواردة على الخدمات.

يعد عقد الحامل من العقود الواردة على تقديم الخدمات، فالبطاقة هي عبارة عن خدمة مصرفية تقدم لقاء دفع الحامل لرسوم اشتراك قد يكون سنويا أو لمدة محددة في العقد، وتكمن الخدمة هنا في تمكين حامل البطاقة من القيام بعمليات السحب أو الدفع، وإذا كانت البطاقة المصرفية عبارة عن بطاقة ائتمان فيمنح البنك المصدر للعميل سقفا ائتمانيا يمكنه من القيام بعمليات مختلفة كشراء منتجات أو دفع قيمة خدمات، وأيضا إمكانية السحب النقدي منه حتى ولو لم يكن رصيده عامرا[3].

رابعا/ عقد الحامل من العقود النموذجية.

يعرف العقد النموذجي بأنه عبارة عن: "مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد"

---

[1]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم– دراسة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية–، جامعة الكويت، بدون ناشر، طبعة 1994، ص 7.

[2]– نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال و الاقتصاد، دار القلم، سوريا، الطبعة الأولى،2001 ، ص 164.

[3]–سعد محمد سعد، المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، مقال منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون في الفترة 10–12 ماي 2003، دبي، المجلد الثاني، ص806.

وقد اعتبر البعض أن العقود النموذجية من قبل عقود الإذعان، إلا أن هذه العقود تكاد تطيح بحرية الطرف الذي ينضم إليها في التعبير عن إرادته في التفاوض، فالمعروف أن هذه العقود لا تنشر و لا توزع على الطرف الراغب بالانضمام، بل يفاجئ بها في اللحظة التي يبرم فيها العقد بما لا يتيح له فرصة الاطلاع عليها والتعرف على شروطها.

ويعد عقد الحامل من العقود النموذجية لأن العرف المصرفي جرى على قيام البنوك بإعداد عقود الحامل في نسخ معدة مسبقا تحتوي على الشروط العامة لانعقاد العقد واستخدام البطاقة والتزام الحامل وحقوقه، ويلتزم المصدر من وقت تقديمه للعرض على تزويد كل طالب للحصول على البطاقة بصور من هذا العرض والذي يجب أن يتضمن عدة بيانات إلزامية، منها الإشارة إلى بعض النصوص القانونية التي تمنح الطالب مهلة تروي، ويتم كتابة هذا العرض على نموذج من النماذج التي اعتادت البنوك على إصدارها[1].

وقد تم توحيد هذا النموذج في فرنسا، في حين تتقارب النماذج المستخدمة في البلاد الأخرى، وهذه العقود تنتقص من حرية العملاء في مناقشة شروطها أو التعديل فيها، إذ أصبحت شروط العقود مفروضة على العميل ولم يعد أمامه سوى قبول هذه الشروط برمتها أو رفضها برمتها دون مناقشته، وينعقد هذا العقد شأنه شأن أي عقد آخر بتراضي طرفيه، طالب البطاقة ومصدرها[2].

---

[1]– نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص 22.

[2]– خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق، ص 92.

المبحث الثاني

تعديل و انقضاء عقد الحامل

يعتبر العقد المبرم بين البنك والحامل في بطاقات الائتمان المصدر الأول في تنظيم العلاقة بينهما و يعرف هذا العقد لدى البعض من الفقه كما تم توضيحه بعقد الحامل نظرا لتواجده في عقود نموذجية مطبوعة من طرف البنك الذي يستقل بإعدادها دون أن يكون للحامل أي فرصة في مناقشة بنودها أو تعديلها، فلا يكون أمامه سوى قبولها برمتها أو رفضها على نحو ما هو معروف في عقود الإذعان، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه في المطلب الأول من هذا المبحث، وحيث أن عقد الحامل يبرم لمدة محدودة يتم تجديدها تلقائيا، ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر برغبته في عدم التجديد قبل الموعد المحدد لانتهاء صلاحية البطاقة بمدة معينة يتم الاتفاق عليها مسبقاً، ومن العقود التي يسود فيها الاعتبار الشخصي لذلك فإن ما يؤثر على شخصية الحامل وثقة البنك فيه يؤدي إلى انقضاء العقد مثل الوفاة والأهلية والإفلاس وغيرها، بالإضافة إلى ما يتم الاتفاق عليه في العقد من أسباب تؤدي إلى انقضاء الربط بينهما، وهو ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعديل عقد الحامل

إذا كان من خصائص عقد الحامل وكما سبق توضيحه أنه عقد ملزم للجانبين فإن السير الطبيعي للأمور يستوجب اتفاق طرفيه على تعديله مثلما اتفقا ورضيا بإبرامه بداية إلا أنه يحدث وأن يحتفظ المصدر لنفسه بحق إدخال التعديلات على شروط العقد، دون الحاجة إلى موافقة الحامل الأصلي[1].

---

[1]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 560.

الفرع الأول: قيام المصدر بتعديل العقد من جانب واحد.

ينص عقد حامل البطاقة على حق مصدر في تعديل العقد بإرادته المنفردة في أي وقت ودون أن يكون لإرادة الحامل دور في هذا التعديل، ويتم ذلك بموجب إشعار خطي يوجه إلى الحامل وإذا لم يقبل هذا الأخير بالتعديل حق له إنهاء العقد.

أولا/ حق البنك في تعديل العقد من جانب واحد.

يحرص البنك مصدر البطاقة على تضمين العقد الذي يبرمه مع حاملي بطاقته بندا خاصا يحتفظ فيه بحقه في تعديل العقد من جانب واحد، فقد تضمنت غالبية العقود الصادرة من البنوك النص على هذا الحق، فمثلا يتم النص على أنه "يحق للبنك تعديل كافة هذه الشروط بإرادته المنفردة ودون توقف ذلك على موافقة حامل البطاقة"[1]، ويقوم البنك بإخطاره بأي تعديل بالطريقة التي يراها مناسبة من طرق الإعلانات كما تعتبر كافة التعديلات المدخلة على هذه الشروط جزء لا يتجزأ منها دون الحاجة إلى موافقة كتابية من حامل البطاقة.

وقد تضمنت احد البنوك في عقد الحامل الصادر عنه في فرنسا النص على أنه "يحتفظ البنك بحق إدخال تعديلات على شروط العقد، وهذه التعديلات سيتم إعلام الحامل بها وبخاصة عند تجديدها.." ، ومن خلال النص السابق تتضح إمكانية تعديل العقد من طرف الجهة المصدرة للبطاقة دون مناقشة هذا التعديل مع الحامل مع ضرورة إعلام الطرف الثاني بهذا التعديل حتى وإن كان لا يمس العناصر الجوهرية في العقد، بل وحتى وإن كان هذا التعديل لمصلحة الحامل[2].

---

[1]– نص المادة 37 من اتفاقية عقد الحامل البنك الأهلي المصري.

[1]-Alain Couret, Jean Deveze et Gerard Hirigoyen, droit de financement, Lamy 2002, p1182.

ثانيا/ تقدير حق المصدر في تعديل العقد من جانب واحد.

على الرغم من احتفاظ المصدر في عقد الحامل بحقه في تعديل العقد من جانب واحد، إلا أن النصوص الواردة في هذا الشأن والشروط الواردة في تلك العقود تضمنت من الضوابط ما يجعل حق المصدر في تعديل العقد تطبيقا لمبدأ "عدم تعديل العقد إلا باتفاق الأطراف" وقد يكون هذا الاتفاق إما صريحا أو ضمنيا[1] .

فيوجد اتفاق صريح عند صدور موافقة صريحة من حامل البطاقة على الشروط الجديدة للعقد، ويتحقق ذلك عند تجديد البطاقة و استيفاء توقيع الحامل على تلك الشروط عند استعماله للبطاقة الجديدة، ويوجد اتفاق ضمني عند استمرار الحامل في استخدام البطاقة بعد إخطاره بالتعديل للشروط التعاقدية.

وبهذا أخذت اتفاقية الحامل لبطاقة كريدي أجريكول بنك مصر في البند 19 منها حيث ينص على "نقوم بتغيير هذه الاتفاقية في أي وقت ونعلمك على ضوء ذلك وسوف نعتبر احتفاظك بالبطاقة أو استعمالك لها بعد ذلك بمثابة قبول لهذه التغييرات" ومنح البند المذكور لحامل البطاقة الحق في إنهاء الاتفاق إذا لم يوافق على تلك التعديلات مع استرداد جزء من الرسم السنوي[2]، وبهذا أيضا أخذ عقد حامل البطاقة المصرفية في فرنسا بنصه على أنه: "يحتفظ البنك بحق إدخال التعديلات على شروط العقد وهذه التعديلات سيتم إعلام الحامل بها و بخاصة عند تجديدها وهذه التعديلات ستطبق بعد شهر من إعلام الحامل بهذه التعديلات وذلك إذا لم ترد البطاقة سارية الصلاحية للمصدر خلال هذه الفترة أو إذا استخدمت بعد هذه الفترة ،أو في الحال عند قبول حامل البطاقة بهذه التعديلات عند تجديد البطاقة"[3].

[1]– خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق، ص 132.

[2]– المرجع نفسه، ص 133.

[3]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 560.

ثالثا/ إعلام الحامل بالشروط الجديدة.

تتحدد طريقة إعلام البنك لحامل البطاقة بالشروط الجديدة بوقت إعلامه بهذه التعديلات، فإذا حدثت هذه التعديلات أثناء تجديد البطاقة فيجب عمل ملحق بالشروط الجديدة واستيفاء توقيع الحامل عليه عند حضوره لاستلام البطاقة حتى يمكن التمسك بهذه التعديلات في موجهته، أما إذا حدثت أثناء سريان صلاحية البطاقة فيجب إعلام الحامل بطريقة يمكن إثباتها مع عدم سريان تلك التعديلات إلا بعد انقضاء مدة محددة أو مدة معقولة بعد تاريخ الإخطار بالتعديلات[1].

الفرع الثاني: طرق تعديل العقد.

تعتمد العلاقة الناشئة بين البنك المصدر للبطاقة و الحامل على العقد المبرم بينهما، وهذا العقد يعتبر وكما تم توضيحه من العقود الملزمة لجانبين، لذا فإن تعديله من أجل الاستجابة لمتطلبات السرعة والتطور التكنولوجي الذي يقوم عليه نظام بطاقة الائتمان يستوجب اتفاق كلا طرفيه، إلا أن صفة الإذعان التي يتصف بها هكذا نوع من العقود، وخصوصيته تجعل تعديله يتم من جانب البنك المصدر للبطاقة وحده[2]، بشرط أن يكون هناك اتفاق صريح أو ضمني بينه وبين الحامل وذلك وفقا لما يلي:

أولا/الاتفاق الصريح.

والمقصود هنا هو الاتفاق الصريح بين طرفي العقد على تعديل بنوده وهو الحادث في موضوع البطاقات، وذلك عند تجديد البطاقة وهنا يقوم العميل بالتوقيع على إيصال استلام البطاقة علاوة على الشروط الجديدة للعقد[3].

---

[1]– خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق، ص 133.

[2]– فيصل محمد عبد، مرجع سابق، ص 281.

[3]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 562.

ثانيا/ الاتفاق الضمني.

وهو استمرار الحامل في استعمال البطاقة وعدم القيام بردها بعد إعلامه بالتعديل الحادث للشروط التعاقدية، فيكفي استمراره في استخدام البطاقة للدلالة على موافقته على التعديل[1]، ومهما كان نوع الاتفاق صريحا أم ضمنيا، فما على العميل سوى قبول الاستمرار بحمل البطاقة أو ردها إذا رفض تلك التعديلات، ويكون للمصدر التمسك بهذه التعديلات في مواجهة حامل البطاقة.

إلا أن جانب من الفقه يرى أنه يجب على الجهة المصدرة للبطاقة في حال قيامها بتعديل العقد أن لا تجبر من يتعامل معها على قبول التعديل أو رفضه إلا بعد نهاية المدة الخاصة بكل بطاقة[2].

المطلب الثالث

انقضاء عقد الحامل

إن الالتزام لا ينشأ ليدوم أبدا، فمصيره هو الانقضاء حتميا لسبب من الأسباب[3] وباعتبار أن العقد مصدر من مصادر الالتزام فالطريق الطبيعي له بعد تنفيذ كل طرف الالتزامات التي رتبها العقد عليه وفقا لما تم الإتفاق عليه هو الانقضاء، وهو ما سنحاول عرضه في الآتي:

الفرع الأول: الأسباب العامة أسباب لانقضاء عقد الحامل

نتطرق في هذا الفرع إلى بيان أسباب انقضاء عقد الحامل التي ليس لها علاقة بالوفاء بالتزامات العقد.

---

[1]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 563.

[2]– فيصل محمد عبد، مرجع سابق، ص 281.

[3]– سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام و الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى 2009، ص369.

أولا/ الحالات القانونية لإنهاء العقد.

يمكن القول أن هذه الحالات هي إعمال للقواعد العامة التي تحكم العقد وهي:

1/ نهاية مدة العقد.

ينتهي عقد الحامل بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد، وعادة ما تكون تلك المدة سنة واحدة غالبا كقاعدة عامة، ويتم التجديد تلقائيا، إلا إذا صرح حامل البطاقة عن رغبته في عدم التجديد، ويكون ذلك من حق الحامل، ولكن يشترط في ذلك أن يصرح عن رغبته هذه قبل موعد انتهاء العقد بمدة معينة، أي قبل الموعد المحدد لانتهاء مدة العقد، أما إذا لم يرغب الحامل بتجديد العقد ولم يقم لإعلام الجهة المصدرة بهذه الرغبة خلال المدة المتفق عليها في العقد، فالحامل يتحمل كافة مصاريف إصدار البطاقة من جديد[1].

كما تجدر الإشارة أنه يمكن إنهاء العقد قبل انتهاء مدته باتفاق الطرفين طالما أنه محدد المدة[2]، استنادا إلى المبدأ المتبع الذي يحكم العقود الوارد في المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين".

2/ فقدان الأهلية.

إن فقدان الحامل لأهليته يعد سبباً من أسباب انقضاء عقد الحامل، وإذا تبين من فقدان الحامل لأهليته يقوم البنك المصدر بإلغاء البطاقة فور صدور قرار الحجر على الحامل أو حل الشخص الاعتباري المتعاقد على البطاقة[3]، لأنه وكما قلنا سابقا أن هذا العقد قائم على الاعتبار الشخصي لحامل البطاقة، فإذا طرأ عليه أي حادث من شأنه أن يفقد ثقة الجهة

[1]- انس العلبي، مرجع سابق ، ص 91

[2]- صليحة مرباح ، مرجع سابق ، ص 73.

[3]- عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 200.

المصدرة شخصية الحامل وجدارته بالائتمان، فإن من حقها حينئذ بأن تقوم بإنهاء العقد وسحب البطاقة[1].

كما أن زوال الشخصية المعنوية للبنك (غلق البنك و حله، سحب رخصة ممارسة النشاط منه...) يستتبع بالضرورة فقدانه لأهليته، و بالتالي عدم قدرته لإبرام التصرفات القانونية الأمر الذي يؤدي إلى انقضاء التصرفات والالتزامات التي ابرمها ومن بينها عقد الحامل.

3/ الإفلاس.

اذا كان عقد الحامل من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي والتي تكون فيه لشخصية المتعاقدين أهمية بالغة في قيامه واستمراره، فإن إفلاس أحد المتعاقدين يؤدي إلى انقضاء العقد الذي يجمع بينهما، و بالمحصلة تعتبر البطاقة ملغاة حكما، وذلك سواء كان الإفلاس من جانب الحامل أو البنك المصدر للبطاقة[2].

4/ موت حامل البطاقة.

إن البطاقة وسيلة دفع شخصية، لا يمكن أن تؤول إلى الخلف العام أو الخاص، أي لا يمكن أن تؤول البطاقة إلى ورثة حاملها، ويؤدي وفاة الحامل إلى انتهاء عقد الحامل بشكل تلقائي لأنه عقد يقوم على الاعتبار الشخصي، ويبقى للمصدر حق شخصي في استيفاء ديونه التي أجراها الحامل قبل الوفاة من تركته[3].

ثانيا/ حق الرجوع في العقد الالكتروني.

إذا تم إبرام عقد الحامل عبر الانترنت فإنه يجوز الرجوع فيه وفسخه بتوفر الحالات التالية:

---

[1]– عذبة سامي حميد الجادر، مرجع سابق ، ص 230.

[2]– انس العلبي، مرجع سابق، ص 91.

[3]– المرجع نفسه، ص 92.

1/ خطأ يتعلق بموضوع العقد الالكتروني.

ويكون ذلك عندما يوقع العقد على شيء لم يتفق عليه أو لم يقصد من قبل المتعاقدين، ولم يطلعا على الخطأ إلا بعد أن أبرما العقد[1].

2/ خطأ يتعلق بصفات محل العقد .

كأن يتعاقد المصدر والحامل في العقد على إصدار بطاقة ائتمان، إلا أن الجهة المصدرة تقوم بإصدار بطاقة دفع فهنا صفات بطاقة الدفع لا تتطابق مع صفات بطاقة الائتمان، و عليه يمكن للحامل فسخ العقد على أساس وجود خطأ في صفات محل العقد[2].

3/ خطأ يتعلق بالثمن أو القيمة (السقف الائتماني).

تلتزم الجهة المصدرة بوضع مبلغ من المال تحت تصرف الحامل (السقف الائتماني) يتم الاتفاق عليه ليتمكن من الإيفاء بالتزاماته ودفع قيمة المشتريات، وكما تمت الإشارة إليه فحدود قيمة السقف الائتماني يتم تحديدها مسبقا من طرف البنك، نظرا للقدرات المالية الاعتبارات الشخصية للحامل، وإذا أخل المصدر عن وضع قيمة تساوي السقف الائتماني المتفق عليه فيحق للحامل فسخ العقد.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الحامل.

نعالج في هذا الفرع أسباب انقضاء عقد الحامل لكلا المتعاقدين نتيجة الإخلال بالالتزامات العقدية التي يرتبها هذا العقد، حيث الانقضاء يكون جزاءا لتخلف عن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد.

---

[1]– احمد أمداح ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه و أصوله بعنوان:" التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي" ، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، ص 185.

[2]– احمد أمداح، المرجع نفسه ، ص 186 .

أولا/ فسخ العقد من جانب المصدر.

يملك مصدر البطاقة الحق في إنهاء العقد في أي وقت، وحق ملكية البطاقة وإعادتها في أي وقت يريد، وخصوصا بتوفر إحدى الحالات التالية:

1/ عدم تسديد مبلغ الفاتورة المدفوعة من الجهة المصدرة.

يمكن للجهة المصدرة للبطاقة فسخ في أي وقت، خاصة إذا طرأ حادث أخل بالثقة، وعدم تسديد مبلغ الفاتورة المدفوعة من الجهة المصدرة يعد سببا وجيها لفسخ العقد من طرف المصدر، ويؤدي أيضا إلى سحب البطاقة من الحامل، وما تجدر الإشارة إليه، أنه في حال فسخ العقد فإن ذلك يؤثر على حقوق الغير أي التجار الموردين، لأن المصرف يضمن للتجار مبلغ المشتريات والخدمات التي تحصل عليها الحامل قبل الفسخ حتى إذا استعمل الحامل البطاقة بعد فسخ العقد وقبلها التجار دون علمهم، فيبقى البنك ضامنا لهم بالوفاء.

وإذا حدث واعترض العميل على كشوف الحسابات المرسلة إليه من البنك مصدر البطاقة يتم إخطار الإدارة العامة للبطاقة بصورة من هذه الاعتراضات، لتقوم بعملية الفحص والاستعلام عن تفاصيل العملية محل الاعتراض، ويتحمل العميل مصاريف إعادة الفحص إذا أثبت عدم صحة الاعتراض[1].

2/ تعمد العميل استخدام البطاقة بأكثر من السقف الائتماني المقرر.

عادة ما يضع المصدرون بندا تحسبا لكل حدث يخل بالثقة من قبل الحامل، ومن بين هذه البنود تجاوز الحامل للسقف الائتماني عدة مرات، وهذا يفسح المجال أمام المصدر لسحب البطاقة ووضع حد للعقد[2].

---

[1]- سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الرابعة، 2005، ص 563.

[2]- انس العلبي ، مرجع سابق ، ص 92.

3/ عدم قبول الحامل للتعديلات الطارئة على العقد.

يمكن للبنك المصدر للبطاقة إجراء تعديلات طارئة على العقد إما بطلب من العميل و إما بناء على رغبته الخاصة، وفي حال رفض الحامل لهذا التعديل فإن البنك المصدر له الحق في إيقاف سحب البطاقة من الحامل وهذا ما يستلزم فسخ العقد[1].

4/ إعطاء العميل لمعلومات خاطئة عن وضعه المالي.

يحق للجهة المصدرة فسخ عقد الحامل إذا تبين لها بعد منحها البطاقة للحامل واستخدامه لها، عدم صحة المعلومات المتعلقة بوضعيته المالية التي صرح بها في نموذج العقد المودع لديها للحصول على البطاقة[2].

ثانيا/ فسخ العقد من جانب الحامل.

من حق حامل البطاقة في أي وقت وبدون إخطار أن ينهي هذا الاتفاق فيما يتعلق باستعمال البطاقة، وبغير أن يؤثر ذلك على التزامه بخصوص أية معاملة قبل الانتهاء، ويكون ذلك عن طريق تسليم بطاقته للبنك، ويستطيع حامل البطاقة فسخ عقد الحامل في أي وقت، كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد التزام على حامل البطاقة باستخدامها، فإذا اختار عدم الاستخدام يكون العقد منتهيا من الناحية العملية[3].

---

[1]- سميحة القليوبي، الأوراق التجارية ، ص 563.

[2]- خالد عبد التواب عبد الحميد احمد ، مرجع سابق ، ص 139.

[3]- المرجع نفسه ، ص 139.

المبحث الثاني

عقد التاجر

يمثل العقد المبرم بين البنك والتاجر – الذي صرح له بقبول بطاقات الائتمان من طرف البنك– الأساس في استخدام البطاقة ومصدر العلاقة بينهما، ويعرف هذا العقد بعقد التاجر أو عقد المورد، ويتميز بنفس الخصائص العامة والخاصة التي يتميز بها عقد الحامل،.

ويتخذ الشكل النموذجي حيث ينفرد البنك بإعداده وتحديد بنوده ويقتصر دور التاجر فيه بقبوله كاملا أو رفضه، ويقوم عقد التاجر كذلك على الاعتبار الشخصي فتكون شخصية التاجر محل اعتبار في العقد، ويمثل عقد التاجر مصدر التزامات كل من البنك والتاجر فيتم إبرامه لمدة محدودة قابلة للتجديد الضمني مع إمكانية كل طرف في انهاء العقد في أي وقت دون إبداء الأسباب.

وإزاء هذا الطابع النموذجي للعقد وانفراد البنك بتحديد بنوده يكون من الضروري توضيح دور إرادة الإطراف في تكوين هذا العقد في المطلب الأول ثم التطرق إلى كيفية تعديله وأسباب انقضائه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تكوين عقد التاجر

ينظم العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة والتاجر عقد مستقل يبرم بين الطرفين، يطلق عليه أحيانا عقد التاجر وأحيانا عقد المورد وفي بعض الأحيان عقد العميل القابل للبطاقة، وهي تعبيرات تصب في معنى واحد.

ولكي تشرع الجهة المصدرة للبطاقة في الإعلان عن طرح خدمات بطاقة الائتمان فلا بد أن تكون قد دخلت في علاقة أو علاقات تعاقدية مع تاجر أو عدد من التجار تضمن من خلالها حصول من تتعاقد معهم لاحقا من الأفراد أو الهيئات على السلع أو الخدمات التي تقدم بواسطتهم، ولهذا تكون اتفاقية التاجر هي الأساس القانوني الأول في جعل بطاقة الائتمان وسيلة وفاء بالالتزام.

لذلك سيتم التطرق من خلال هذه المطلب إلى تحديد مفهوم عقد التاجر في الفرع الأول، ونعالج في الفرع الثاني الأركان التي يقوم عليها هذا العقد.

الفرع الأول: مفهوم عقد التاجر وأطرافه

سنتوقف في معالجة مفهوم عقد التاجر على تعريف هذا العقد وتحديد أطرافه وأركانه من خلال الفرع الأول،.

أولا/ تعريف عقد التاجر.

يمكن تعريف عقد التاجر أنه: " عقد إذعان تجاري – كون أحد الطرفين تاجر حتما- غير مسمى محدود الأجل ملزم لجانبين يشترط بموجبه المصدر قبول المورد لإدانة حامل بطاقته مقابل التزامه يخصم كافة تلك الديون وتحصيل نسبة عليه"[1].

[1]- أنس العلبي، مرجع سابق، ص 109.

كما يمكن تعريفه بأنه: " عقد يلتزم بموجبه أحد الأطراف، وهو بنك في الغالب، بتسديد قيمة المشتريات والخدمات التي يقدمها الطرف الآخر وهو التاجر، لمستخدم البطاقة المصدرة من الطرف الأول مقابل أن يلتزم الطرف الأخر بقبول البطاقات الصادرة من الطرف الأول كوسيلة وفاء"[1].

وبعبارة أخرى فعقد التاجر هو:"ذلك العقد الذي تتولى فيه الجهة المصدرة للبطاقة إعداده وتحديد شروطه، الذي بموجبه تشترط الجهة مصدرة البطاقة على التاجر قبول البطاقة التي تصدرها جهات أخرى بناء على اتفاق بينهما كأداة وفاء لما يحصل عليه حامل البطاقة من سلع وخدمات، وأيضا تتعهد فيه الجهة المصدرة للتاجر بسداد قيمة فاتورة السلع أو الخدمات التي يحصل عليها حامل البطاقة إما من حسابه البنكي أو من الائتمان الممنوح له من الجهة المصدرة في الأحوال التي تكون فيها البطاقة المستخدمة كأداة وفاء من البطاقات التي تمنح من دون اشتراط فتح مستخدمها حسابا جاريا لدى الجهة المصدرة"[2].

ثانياً/ أطراف عقد التاجر

من التعاريف السابقة يتبين لنا أن عقد التاجر يبرم بين شخصين: مصدر البطاقة والتاجر القابل للتعامل بالبطاقة، والعلاقة القائمة بينهما تشكل موضوع عقد التاجر.

أ – **البنك المصدر للبطاقة:** هو المصرف أو المؤسسة المالية التي تقوم بإصدار البطاقة بناء على ترخيص معتمد من المنظمة العالمية، حيث أن هذه الأخيرة تقوم بدراسة طلبات تلك المصارف والمؤسسات التي ترغب بإصدار بطاقة خاصة بها والتي تقرر قبولها أو رفضها بعد تقويم مركزها المالي[3].

---

[1]– سعد محمد سعد، مرجع سابق، ص 801.

[2]– المرجع نفسه ، ص839.

[3]– عمر سليمان الأشقر، دراسة شرعية في البطاقات الائتمانية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، دون سنة نشر، ص 50.

يلتزم البنك المصدر أمام المنظمة العالمية باحترام القواعد العامة والإجرائية لنظام البطاقات التي تصدرها المنظمة، والتعاقد مع التجار لقبول البيع وتأدية الخدمات بموجبها على أن يدفع البنك مستحقاتهم عن المشتريات والخدمات المقدمة من طرفهم للحامل بموجب بطاقة الائتمان.

وقد يكون البنك المتعاقد معه ليس البنك المصدر للبطاقة وإنما بنك التاجر، فمن المعروف أنه يمكن استخدام بطاقة الائتمان الصادرة من أي بنك في العالم للشراء من أي تاجر متعاقد للبيع بالبطاقة سواء في دولة البنك المصدر أو أي دولة أخرى في العالم، ولا يقتصر قبول التاجر البيع بموجب البطاقة الصادرة من البنك المتعاقد مع المتاجر فقط، وإنما يبيع بموجب أي بطاقة صادرة من أي بنك مشترك في عضوية البطاقة، ومن هنا فإن التاجر يبيع بهذه البطاقات ثم يتصل ببنكه الذي تعاقد معه لصرف مستحقاته، ويقوم بنك التاجر بدوره بالاتصال بالبنك المصدر للبطاقة لاستيفاء حقه من خلال بنك التسويات التابع للمنظمة الراعية للبطاقة[1].،

ب- التاجر: إن حامل بطاقة الائتمان لا يمكنه استخدامها إلا أمام التجار المعتمدين من طرف البنك المصدر للبطاقة، فهذا الأخير غير ملزم بسداد فواتير الحامل لأي تاجر كان، وإنما للتجار المقبولين لديه.

ويعد تاجرا حسب نص المادة1 قانون تجاري جزائري" كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة لديه ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"، فالشخص حتى يكتسب صفة التاجر ومن ثم يخضع لأحكام القانون التجاري لا بد أن يحترف عملا تجاريا وبصفة مستقلة، ولحسابه الخاص، والاحتراف هو توجيه النشاط للقيام بعمل معين

[1]- محمد عبد الحليم عمر، بطاقة الائتمان ماهيتها والعلاقات القانونية الناشئة عند استخدامها بين الشريعة والقانون، مقال منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، في الفترة 10-12 ماي 2003، دبي، المجلد الثاني، ص 673.

بصفة معتادة واتخاذه سبيلا للارتزاق، وعلى ذلك يكون العمل على نحو منتظم عنصرا جوهريا في الاحتراف. وهذا ما ينطبق على التاجر المتعاقد مع البنك المصدر للبطاقة الائتمانية.

لكن السؤال المطروح هل يمكن للبنوك المصدرة للبطاقات التعاقد مع غير التجار من أجل قبول البطاقة ؟ هل عقد التاجر هو عقد مدني أم عقد تجاري؟

لا شك في ذلك، فمفهوم التاجر طبقا للعقد الذي يربط البنك بالتاجر في بطاقة الائتمان يتسع عن مفهومه الوارد في القانون التجاري لأن الاستفادة من نظام الدفع بالبطاقة تشمل التاجر الذي تتوفر فيه شروط المادة 1 قانون تجاري جزائري، كما يشمل كل مقدم خدمة وأصحاب المهن الحرة الذين تخول لهم مهنتهم استعمال البطاقة البنكية كوسيلة دفع، وبصفة عامة كل حرفي يبيع سلعته أو يقدم خدمة.

إن ثبوت الصفة التجارية لعقد التاجر بالنسبة للبنك المصدر تتجلى بشكل قاطع لا يدع مجالا للشك كونه من أعمال البنوك والتي تخضع للقانون التجار يحسب نص المادة 13/2 قانون تجاري جزائري:" كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة خاصة بالعمولة".

أما بالنسبة للعميل القابل للبطاقة فإنه يمكنه الاستشهاد بالمؤسسات الفندقية التي تقدم خدمات ولا تتاجر بالسلع، وهي تعتبر من أكبر القطاعات المتعاملة بالبطاقات الائتمانية ويمكن القول أن الفيصل في هذا الموضوع هو العقد في حد ذاته وما يشتمله من أحكام[1].

الفرع الثاني: أركان عقد التاجر

كسائر العقود يخضع عقد التاجر الذي يبرم بين التاجر والبنك المصدر إلى القواعد العامة لإبرام العقود، فهو عقد يجب أن تستجمع فيه جميع الأركان العامة بوجه عام من رضا، محل وسبب مشروعين،

[1]– أنس العلبي، مرجع سابق، ص 98.

وعقود الإذعان بوجه خاص[1]، لأن الشروط التي يتضمنها تكون معدة مسبقا، وما على التاجر إلا أن يقبلها إذا أراد الانضمام إلى منظومة الوفاء بالبطاقة أو يرفضها، لأنه لا يملك أية فرصة لمناقشة شروط العقد، أو محاولة تعديلها.

وبما أن هذا العقد معد سلفا، فقد ثارت بشأنه مسألة هل هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بوجودها أم يبقى عقدا رضائيا، وما الكتابة إلا شرط للإثبات.

كل هذه المسائل سيتم معالجتها من خلال الآتي:

أولاً/ الرضا

من الثابت قانونا، وكما سبق وأن أشرنا فالأصل في العقود الرضائية، أي أن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، ويتم ذلك عند تبادل الطرفين التعبير عن الإرادة بالشكل القانوني، بما يحقق التطابق بين الإرادتين على وجه يجزم بوجود التراضي، مع التقيد بوجوب اتجاه الإرادتين في تطابقهما إلى غاية مشروعة[2].

وقد جرى العرف التجاري بشأن خدمات بطاقة الائتمان، أن تعد الجهة مصدرة لبطاقة الائتمان العقد بكل شروطه وضوابط نفاذه، وتخرجه في شكل "طلب مطبوع" وتضعه في متناول التجار.

يتعين على التاجر الذي يرغب في الانضمام إلى نظام بطاقة الائتمان عن طريق هذه الاتفاقية، أن يطلع على النموذج ويدون عليه البيانات المتعلقة بشخصه كما تحددها الجهة التي أعدت العقد، ثم يوقعه، بعد أن يكون قد أقر بعلمه وقناعته بالالتزامات التي يتحملها، والحقوق التي يتمتع بها دون أن يكون له حق مناقشة أي منها، وينعقد العقد بعد ذلك بمجرد موافقة الجهة مصدرة بطاقة الائتمان على قبول هذا الطلب.

---

[1]– أنس العلبي، مرجع سابق، ص 98.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص180.

يصنف عقد التاجر، استنادا إلى الطريقة التي يتم التعاقد بها، أنه من العقود الرضائية التي تتم بطريقة الإذعان، نظرا لأن رضا التاجر بالعقد ضروري لنشوئه لكنه رضا منقوص بسبب ما يشوبه من إكراه، وهو إكراه لا يتصل بالإكراه المعيب للإرادة باعتبار أن رضا التاجر بالعقد ثابت غير منعدم، غير أن التاجر مجبر عليه،[1] فالتاجر يقدم على التعاقد بملء حريته ويذعن في ذلك العقد لشروط المصدر التي عادة ما يضمن فيه المصدر لنفسه حقوقا مطلقة.

1- **الأهلية:** يجب على من يقوم بالتعامل ببطاقة الائتمان أن يكون أهلا لذلك وفقا لما يحدده العقد، وبغض النظر عن الأهلية الشخصية الواجب توفرها افتراضا وبداهة، فإنه إذا كان العقد ينص على أن يكون المورد تاجرا أو حرفيا، فلا بد أن يكون ذلك وفقا للأنظمة والقوانين المنظمة للمهنة في بلده، أي أن يكون لديه سجل تجاري أو مهني أو حرفي، فإن كان المتعاقد مطعما أو فندقا فلا بد أن يكون لديه ترخيص بذلك[2].

و المراد بالأهلية في هذا المجال هي أهلية الأداء، وتعني قدرة الشخص على التصرف في أمواله، وهي لا تثبت لكل شخص وإنما تثبت لمن له القدرة على إبرام التصرفات القانونية له ولغيره، ولذلك يشترط في التاجر أهلية أداء كاملة، أي أهلية التعاقد طبقا لنص المادة 40 قانون مدني جزائري، والتي تثبت لكل شخص بلغ سن 19 سنة كاملة، ولم يطرأ عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون، ووفقا للمادة 5 قانون تجاري جزائري يمكن للقاصر المرشد أن يتعاقد مع البنك المصدر للبطاقة بصفته تاجرا وهذا بعد حصوله على إذن من أمه أو أبيه، أو مجلس العائلة والتصديق عليه من المحكمة.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 229.

[2]- أنس العلبي، مرجع سابق، ص 98.

كما يمكن للمرأة المتزوجة التعاقد مع البنك مباشرة كون القانون التجاري قد منحها هذا الحق المباشر، فوفقا للمادة 7 قانون تجاري جزائري يمكن للزوجة إبرام عقود دون قيود وبصفة مستقلة ومنفصلة عن الزوج، كما بإمكانها تحمل الالتزامات التجارية شخصيا بدلا من إلقاء العبء على زوجها أو الحصول على إذن منه حسب نص المادة 8 قانون تجاري جزائري.

أما عند الأشخاص الاعتباريين، فإن أهليتها تتحدد من يوم اكتسابها للشخصية المعنوية، وبالتالي فمن حقها إبرام عقود مع البنوك لقبول البطاقة كأداة وفاء عن الخدمات والسلع التي تقدمها وهذا لصالح مديرها، وما على البنك المصدر إلا التحقق من صحة تأسيس الشخص المعنوي وصفة من يمثله قانونا.

أما بالنسبة للمؤسسة المصدرة، فأهليتها هي أهلية مفترضة، لأنه يجب توفر مجموعة من الشروط والإجراءات القانونية الواردة في قانون النقد والقرض وأنظمة بنك الجزائر، وذلك لأن ترخيص البنك يعني السماح له بمزاولة العمل المصرفي وفقا لما تم التطرق إليه في عقد الحامل.

2- **التراضي -تطابق الإيجاب والقبول- :** وهو كما سبق وأن أشرنا اقتران إرادتين وتطابقهما تمام المطابقة في لحظة معينة، الإرادة الأولى هي الإيجاب، والثانية هي القبول.

لكن ما يجب ملاحظته في عقد التاجر هو أنه من عقود الإذعان التي لا تقبل المساومة ولا المناقشة، لذلك فالعرض الصادر من البنك لا يعدو إلا أن يكون دعوة إلى التفاوض لأنه غير مقترن بقبول مباشر من البنك وليس لهذا الأخير نية قاطعة في إحداث

الأثر القانوني، والحقيقة أن الإيجاب في هذه الحالة هو الصادر من التاجر، لأنه هو الذي سيقترن بالقبول في حالة تحقيق التاجر للشروط التي فرضها البنك[1].

والمبدأ العام في القبول هو الحرية في القبول، إذ يمكن للبنك رفض التعاقد إذا لم يرى في طالب التعاقد ما يوحي بالثقة أو الاستقرار في الأعمال، غير أنه في هذه الحالة يمكن للظروف أن تجعل الموجب له (البنك) ملزما بالقبول، وفي هذه الحالة التي نحن بصددها وهي حالة ما إذا كان هو الذي دعى الموجب إلى التعاقد معه، فإذا ما استجاب إلى هذه الدعوة ووفر جميع الشروط التي طلبها الموجب له، عد ذلك إيجابا باتا يمتاز عمّا عداه من ضروب الإيجاب، بأن الموجب له لا يجوز أن يرفضه لغير سبب غير مشروع، وهي نتيجة طبيعية لحالة أنشأها صاحب الدعوة، وهو من تطبيقات مبدأ التعسف في استعمال الحق.[2]

ثانياً / المحل: والمحل في عقود الإذعان هو مجموع الشروط التي يحررها الموجب ويلتزم بها المدين ليشكل بها نظاما في العلاقة القانونية وتكون غير قابلة للمناقشة، فقواعده عموما تكون محررة بإرادة منفردة من الطرف القوي[3].

وعلى اعتبار أن عقد التاجر من العقود الملزمة لجانبين- فإنه ينطوي على محلين: فبالنسبة للتاجر هو تعهده بقبول بطاقة المصدر مع التخلي عن نسبة من قيمة مبيعاته لصالحه عند قيامه بتحصيل مبيعاته عنه، وهو بالنسبة للمصدر تعهده للتاجر بدفع أي مبلغ يرده من الحامل ناتج عن أي معاملة تتم بواسطة بطاقته[4].

ثالثا/ السبب: في الواقع أن سبب قيام التاجر أو المورد بالتعاقد مع المصدر بقبول بطاقته، هو زيادة إقبال الزبائن على متجره وزيادة دائرة زبائنه ودائرة تجارته بشكل عام، فالزبون الذي

---

[1]-عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص216.

[2]- المرجع نفسه، ص 217.

[3]- محفوظ بن حامد لعشب، مرجع سابق، ص 93.

[4]- أنس العلبي، مرجع سابق، ص 101.

يجد من يقبل البطاقة التي يحوزها لا يتردد في الشراء منه، كما أن انضمام متجر ما لمنظومة بطاقة مشهورة يكسبه جزءا من شهرة تلك البطاقة، أو قد يفيد من الدعايات أو الإعلانات التي يقوم بها المصدر في سبيل الترويج لبطاقة جديدة يذكر المتاجر التي تقبل بطاقته، وسبب العقد بالنسبة للمصدر – كون عمله عمل تجاري – هو تحقيق الأرباح من خصم نسبة العمولة على إجمالي الفواتير الواردة إليه، وازدياد نطاق العمل ببطاقته إن لم يكن عالميا فمحليا[1].

المطلب الثاني

تعديل عقد التاجر وانقضاؤه

تعد الإرادة عنصرا أساسيا في العقد، أو بما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، حيث أن هذه الأخيرة وحدها كافية لإنشاء كما أن الإرادة حرة في تعيين الآثار التي تترتب على العقد، ونتائج مبدأ سلطان الإرادة في إطار العقد تتمثل في حرية التعاقد وحرية تحديد مضمون العقد، وكذلك في وجوب احترام إرادة المتعاقدين، فلا يجوز نقض أو تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين، فإذا انعقد العقد بصفة صحيحة، وجب على أطرافه تنفيذه كما لو كان قانونا – تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين– ، وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين، أن ينفرد بنقضه، أو تعديل بنوده، دون رضاء الطرف الآخر، فالقوة الملزمة للعقد في تمنع أحد المتعاقدين من تعديل العقد، وتفرض أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، أي أن العقد ملزم لأطرافه، فكل ما اتفق بشأنه من شروط أو بنود بصفة صحيحة تأخذ مكانة القانون من حيث القوة، ومن ثم تصبح واجبة التنفيذ ويمنع المساس بها نقضا أو تعديلا، والإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار.

[1]– أنس العلبي، مرجع سابق، ص 101.

غير أن عقد التاجر المبرم بين البنك المصدر لبطاقة الائتمان والتاجر القابل لها، يعتبر من قبيل عقود الإذعان، أي أنه يقوم على أسس خارجة عن مبدأ سلطان الإرادة، هذا العقد قد تعترضه صعوبات أثناء مرحلة تنفيذه، لم يتوقعها الأطراف وبالتالي تفرض عليهم إعادة النظر فيه للحفاظ على التوازن العقدي وهو ما يسمى بتعديل العقد (الفرع الأول)، كما أن لهم الحق في إنهاء العلاقة العقدية التي تربطها سواء بالاتفاق بينهما أو نتيجة لإخلال أحدهما بالتزاماته تجاه الآخر، وهو ما يعني انقضاء العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعديل عقد التاجر

يهدف تعديل عقد التاجر إلى مواجهة الصعوبات الاقتصادية غير المتوقعة، والتي تطرأ أثناء مرحلة تنفيذ العقد، فتهدد مصالح أحد الأطراف، كوقوع ظروف طارئة تؤدي إلى الإخلال بالالتزامات التعاقدية الأصلية، والحل الوحيد لمواجهة هذه الظروف والمحافظة على العقد من خطر الفسخ هو تعديل العقد، وهذا بتعديل أحد عناصره أو شروطه لخلق التوازن فيه من جديد.

يعرف التعديل بأنه: "استبدال بعض الشروط في العقد الأصلي بشروط أخرى أكثر مرونة، بغرض مواجهة الصعوبات التي قد تعترض الأطراف، بغية تحقيق الهدف من العقد، ومراعاة مصالح الأطراف"[1]

فالتعديل إذن هو إجراء تغيير جزئي على العقد، وينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده بالحذف أو بالإضافة، أو غير ذلك دون إزالته أو نقضه، ويكون ذلك إما من طرف البنك وحده دون الرجوع إلى الحامل أو من خلال تدخل القاضي وذلك من أجل إعادة التوازن للعقد.

---

[1]– أسامة الحماوي، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، مطبعة الزرعي، دمشق، الطبعة الأولى، 1997، ص 345.

أولا / سلطة البنك في التعديل الانفرادي لعقد التاجر

إن طبيعة العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة الائتمانية والتاجر القابل لها، علاقة غير متوازنة وغير متكافئة، إذ أن البنك يتميز بالاختصاص والخبرة العالية، الأمر الذي يمكن هذا الأخير من إملاء شروطه على التاجر الذي يفتقر لهذه الخبرة، وليس المقصود في هذا الصدد أن البنك المصدر للبطاقة سيء النية دائما، وغايته الأساسية هي استغلاله الدائم للتاجر، بل القصد من ذلك هو أن البنك في مركز أقوى من التاجر من حيث الخبرة والاحتراف.

وباعتبار أن عقد التاجر يقوم على أسس خارجة عن مبدأ سلطان الإرادة ونتائجه وبالخصوص ما تعلق منها بالحرية في تحديد آثار العقد، حيث تقوم الجهة مصدرة البطاقة وحدها بتحديد مضمون العقد في محرر مطبوع سلفا ،فان دور التاجر يقتصر في الرضا بالتعاقد في حالة قبواه بمقتضيات العقد وشروطه من عدمه، دون أن يكون له الحق في مناقشته أو تعديله أو إضافة شروط أخرى إلى محتواه إلا في حالات استثنائية جدّا[1].

إن المشرع الجزائري والمقارن يجيز في بعض الحالات وبصفة استثنائية الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة في تعديل العقد، وخروجا عن هذا المبدأ يخول للجهة المصدرة للبطاقة مراجعة الرابطة العقدية بإرادتها المنفردة، وذلك بموجب بند منصوص عليه في العقد المبرم بينها وبين التاجر، مع العلم أنه في تعديل العقد بالإرادة المنفردة تبقى العلاقة التعاقدية قائمة[2].

فبإمكان البنك المصدر للبطاقة التعديل في البنود التي يتضمنها عقد التاجر ولكن بموجب اتفاق منصوص عليه في العقد الذي يربطها، إذ أنه وعند الوشك على نهاية ترتيبات

[1]– عبد الوهاب أبو سليمان، مرجع سابق، ص 56.

[2]– علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص 53.

إبرام العقد، يتفق المتعاقدان على الاعتراف لأحدهما بسلطة تعديل وإنهاء العقد بإرادته المنفردة، فتعديل هذه الرابطة العقدية متوقف على النص عليه أثناء إبرام العقد، بمعنى أن رضاء الطرف المتعاقد معه (التاجر) شرط ضروري ليتمكن الطرف الآخر (البنك) من الحصول على سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة، خاصة وأن عقد التاجر من العقود المستمرة ذات المدة غير المحددة في أغلب الأحيان.

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب العقود تتضمن النص على إمكانية تعديلها من جانب البنك، إذ تملك هذه البنوك سلطة تعديل العقد من جانب واحد، وليس أمام التجار عند رفضهم هذه التعديلات إلا فسخ الرابطة التعاقدية والإعراض عن قبول نظام الوفاء بالبطاقات بأكمله[1].

ثانيا / إعادة التوازن العقدي لعقد التاجر

إن البحث في إعادة التوازن العقدي لعقد التاجر وفقا لأحكام عقد الإذعان يقتضي منا أولا تحديد معنى اختلال التوازن العقدي، ثم تحديد الطرف المذعن، وبعدها حماية الطرف المذعن.

1- معنى اختلال التوازن العقدي: يمكن تعريف اختلال التوازن العقدي بأنه "الحالة التي تكون فيها التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقا مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أولا تتعادل مطلقا مع التزامات المتعاقد الآخر".

قد تتوازن التزامات البنك المصدر والتاجر عند إبرام العقد، إلا أن ذلك ليس كافيا، وإنما يجب أن يستمر هذا التوازن خلال مرحلة التنفيذ أيضا، فإذا تبدلت الظروف الاقتصادية التي تم في نطاقها العقد، تبدلا كبيرا ترتب عليه إرهاق أحدهما واستفاد الآخر من هذا الإرهاق، فقد زال التوازن بين التزامات الطرفين ووجب إعادة التوازن المختل، بحيث نضمن بقاء

---

[1]- كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، مرجع سابق، ص 375.

المساواة بين التزامات المتعاقدين، وإلا أصبح المتعاقد الآخر مرهقا مغبونا واستفاد المتعاقد الآخر من هذا الغبن المعاصر لتنفيذ العقد[1].

2: تحديد الطرف المذعن: مبدئيا الحديث على البنك المصدر في العلاقة العقدية التي تربطه بالتاجر، ترسم في أذهاننا تلقائيا صورة الشخص القوي في مركزه، هذه النظرة تولدت بفعل تعودنا على أنه للجهة المصدرة كامل الحق في إملاء ما يضمن لها النفع والمصلحة من الشروط والبنود، وأكثر من ذلك تخلصها من أي مسؤولية أو ضرر يلحق بالتاجر والحامل مما يجعل هذه الشروط تتسم في مجملها بالإجحاف والتعسف، لتجعل يد البنك هي العليا في هذا العقد، لأنه أساس هذه المعاملة وعمودها الفقري، ولا فائدة لبطاقة الائتمان، بل ولا أثر لها في الواقع إذا غاب البنك المصدر عنها، لأجل كل ذلك يستقوي البنك على الطرف الذي يتم التعاقد معه، وهذا ما يضمن الحماية له ويحول دون توازنها مع الحماية المقررة للمتعاقد الآخر.

إلا أنه و من جهة أخرى لا يجب تناسي، أن كلا من البنك والتاجر هما من فئة المهنيين، هذه الفئة قد يتواجد واحد منها في مرتبة أدنى في إطار العلاقة العقدية مع مهني مثله، مما يجعله يذعن لشروط الطرف الأقوى، مع غياب كل سلطة تفاوضية كنتيجة لعدم تكافؤ علاقات القوى بينه وبين الطرف الآخر، فعلى الرغم من اعتبار التجار المتعاقدين مع البنك بمحترفين أو أعوان اقتصاديين أو متدخلين أو غير ذلك من التسميات التي تنوع فيها المشرع، إلا أن مركزهم أضعف مقارنة بمركز البنك في هذه العلاقة التعاقدية.

وعليه، وفي المقابل قد يصبح البنك هو الطرف المذعن بالنسبة للتاجر الذي يصبح طرفا قويا في هذه العلاقة خاصة، إذا كنا أمام المحلات التجارية الكبيرة مثلا، فهنا يعد التاجر هو الطرف القوي، ذلك على أساس حجم المشروع الذي يستغله و الوسائل التي

[1]– حسين عبد الله عبد الرضا الكيلاني، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد، نسخة ثانية، 2014، ص 214.

يملكها في ممارسة نشاطه وكذلك العدد الكبير للزبائن الذين يتعاملون معه، وهذا ما يجعل البنك في مركز أضعف إذ أنه بحاجة إلى التعاقد مع مثل هذا التاجر، لاستقطاب عملائه وتزويدهم بالبطاقات وبالتالي زيادة عائداته المالية الناتجة عن العمولة التي يدفعونها له.

وهنا التاجر بإمكانه أن يتعسف في الشروط التي يفرضها على البنك حتى يقبل التعامل بنظام الوفاء بالبطاقة، كونه حر في التعامل مع أي بنك آخر مصدر لبطاقة أخرى، قد تمنحه مزايا أكثر من التي فاوضه عليها البنك الأول.

غير أن الواقع يثبت أنه غالبا ما تكون القوة المسيطرة في عقد الإذعان هي قوة السيطرة الفنية والتقنية أكثر من أن تكون اقتصادية[1]، والدليل على هذا أن البنك المصدر متعود دائما على تحرير العقود، ويدرك تماما حجم الحقوق والالتزامات التي يمكن أن يستفيد منها أو يحملها لأي طرف، كما يعلم علما كافيا بالممارسات المعمول بها في إطار مهنته، ويمتلك في النهاية تنظيما محترفا قادرا على صياغة وتفصيل العقود، وتحميل الطرف الآخر بجملة من الالتزامات وإجباره على تنفيذها.

3- حماية الطرف المذعن في عقد التاجر: إذا توفرت صفة الإذعان في العقد، فإن القانون يكون إلى جانب الطرف المذعن، حيث يبسط له الحماية تجاه الطرف الآخر، وذلك من خلال إعطائه الحق في طلب رفع الضرر الذي يؤدي إليه إلزامه بتنفيذ الشروط التعسفية، وكذا من خلال منح القاضي سلطة تفسير الشك إن وجد، في مصلحة الطرف المذعن[2]،كما يملك القاضي فرصة التدخل لرفع الغبن عنه وهذا ما سنتناوله في النقاط الآتية:

- تعديل أو استبعاد الشروط التعسفية في عقد التاجر: خروجا عن إرادة المتعاقدين وحماية للطرف الضعيف في عقد الإذعان يمكن للقاضي الجزائري أن يعدّل الشروط المجحفة أو

---

[1]- إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 30، العدد 4، ديسمبر 2006، ص 254.

[2]- سعد محمد سعد مرجع سابق، ص 826.

يعفي الطرف المذعن منها، وفقا لنص المادة 110 قانون مدني جزائري والتي جعل أحكامها من النظام العام، حيث تنص هذه المادة على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وهو تقريبا ما أشارة إلية المادة 30 من القانون 02/04[1].

إذن من تحليل النص، نجد أنه نص عام، يشمل جميع العقود التي أبرمت عن طريق الإذعان، فلم يخصه المشرع على فئة معينة من الأشخاص، فهو نص عام يهدف لحماية الأطراف الضعيفة مهما كانت صفتها، وتبعا لهذا يجوز للطرف الضعيف في عقد التاجر المتعرض لشرط تعسفي اللجوء للقضاء للمطالبة برفع الضرر مستندا على أحكام هذه المادة، ونلاحظ أن المشرع أتى بحلين لإزالة التعسف يتمثلان في تدخل القاضي إما بتعديل الشروط الجائرة أو بإعفاء الطرف المذعن منها.

- **تفسير الشك لصالح الطرف المذعن:** لما يتولى القاضي تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبعد تعذر الوصول إليها مع غموض عبارات العقد بتضمنها أكثر من معنى فإنه يتقيد في هذه الحالة، بما رسمه له القانون من حدود، إذ نص المشرع الجزائري في المادة 112 قانون مدني جزائري على أنه: " يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"[2]، فالأصل أن الشك وغموض عبارات العقد تفسر لصالح الطرف الضعيف الذي هو المدين، طبقا للقاعدة العامة المذكورة آنفا إلا أنه في عقد الإذعان فإنه يفسر لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أم مدينا.

---

[1]- القانون 02/04 مؤرخ في 5 جمادة الاولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية – الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 2004/06/27-.

[2]- تقابلها المادة 151 من القانون المدني المصري.

تعود هذه القاعدة القانونية في أصولها إلى قاعدة براءة الذمة وإلى اعتبارات عملية توجب رعاية المدين لأنه الأضعف اقتصاديا في العلاقة العقدية ومن العدل أن يحظى بالحماية رغم ما يبدو من تعارض ذلك مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1].

وبإسقاط كل ذلك على عقد التاجر، يتمثل مظهر حماية الطرف المذعن، في وجوب تفسير الشك لصالح هذا الأخير، ففي حالة غموض عبارات العقد أو أي شرط من شروطه، ولم يتوصل القاضي إلى تفسير يبدد هذا الغموض، وجب تفسير هذا الشك لمصلحة الطرف المذعن، في جميع الأحوال، وذلك خلافا للقاعدة العامة في التفسير، والتي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين.

– **رفع الغبن:** يتولى القاضي رفع الغبن عن المتعاقد الذي تعرض لغبن بعدم توازن التزاماته مع التزامات نظيره واستغلال لحالته النفسية، إما بإنقاص التزامات الطرف المغبون والمستغل أو بإبطال العقد، وهي مكنة قانونية تجيز للقضاء التدخل في الروابط العقدية للحد من إرادة المتعاقدين، فقد نص المشرع الجزائري على هذه الإجازة في المادة 90 قانون مدني جزائري، والتي تنص على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد الآخر لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامعا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"، أي أن القاضي يراعي الظروف المادية والشخصية للمتعاقد الذي تعرض

---

[1]– علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 90.

للغبن، واستغل بسبب نقص خبرته ورغبته القوية في التعاقد للاستفادة من خدمات قبول بطاقات الائتمان[1].

إذا التفاوت الفاحش والاختلال الفادح هو بينما يعطيه المتعاقد وما يأخذه والضعف الإنساني في المتعاقد الآخر، وبعد تأكد القاضي من العنصر المادي والنفسي في الغبن يقرر الجزاء المناسب بتعديل العقد أو إبطاله وفي ذلك خروج عن سلطة إرادة المتعاقدين حماية للمتعاقد المغبون.

وبقياس ذلك على عقد التاجر في بطاقة الائتمان فإننا نجد أنه يمكن لنظرية الغبن أن تعطي للطرف الضعيف في هذا العقد حماية في مواجهة انعدام التوازن العقدي الناتج عن هذه الرابطة، لكن في نطاق محدد، وذلك بسبب المفهوم الضيق الذي تبنته التشريعات العربية ومنها المشرع الجزائري، التي اقتصرت على الجانب المادي أي على قيمة المنفعة ذاتها[2]، من دون النظر إلى نفسية المتعاقد ومن دون النظر إلى قيمة المنفعة أو الشيء، أي من دون مد نطاق الغبن إلى جميع الحالات التي تفرض فيها شروط مجحفة وقاسية، خاصة إذا كان هذا المتعاقد الآخر لا يملك بسبب حاجته الملحة سوى الخضوع والاستسلام لتلك الشروط، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة أعبائه في نهاية المطاف[3].

الفرع الثاني: انقضاء عقد التاجر.

تنتهي عقود التاجر المبرمة بين الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان والتاجر سواء كانت محددة المدة أو غير محددة وفقا للنحو الذي تتضمنه كل اتفاقية، وأغلبها تمنح طرفي العقد الحق في فسخه بالإرادة المنفردة مع الاختلاف فيما بينها من حيث فرض إجراءات على التاجر دون الجهة المصدرة، وسوف نتناول انقضاء العقد من خلال التعرض إلى فسخه من

---

[1]– علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 90.

[2]– منذر الفضل، مرجع سابق، ص 152.

[3]– سعد محمد سعد، مرجع سابق، ص 838.

طرف البنك ثم فسخه من طرف التاجر وأخيرا انقضائه بسبب الإفلاس أو تغيير التاجر لنشاطه.

أولا / فسخ العقد من طرف البنك.

جاء في المادة 07 من الشروط العامة للانضمام لنظام الوفاء ببطاقة فيزا كارت بنك مصر: "يستطيع التاجر من جهة والبنك المصدر من جهة أخرى، وفي أية لحظة دون مبرر أو إخطار سابق (ما لم يتم الاتفاق على إعفاء خاص بين الطرفين) وضع نهاية لهذا العقد دون الحاجة إلى القيام بأي إجراء ماعدا إرسال رسالة موصى عليها مع العلم بالوصول".

وفقا لهذا النص، فقد منح البنك إمكانية فسخ العقد ووضع حد له في أي لحظة ودون ذكر الأسباب، ولم يلزم عليه سوى إخطار التاجر برسالة مضمونة الوصول[1].

ولما كان من أهم خصائص عقد التاجر أنه عقد إذعان فإن المصدر فيه يعطي لنفسه حق الفسخ دون ذكر الأسباب التي تدفعه إلى ذلك وحرمان التاجر من حقه بملاحقته قضائيا بسبب ذلك.

وقد طالب الممثلون عن التجار بضرورة تسبيب فسخ العقد من جانب البنك، وكذلك وجود إخطار سابق، كما طالبوا بضرورة منح التاجر مهلة من الوقت يستطيع خلالها مواجهة موقفه الجديد.

يذكر الممثلون عن التجار أنه في تقرير مجموعة العمل المشكلة داخل المجلس الوطني للائتمان حول الأوجه القانونية لوسائل الوفاء الحديثة الصادرة في يوليو 1986 م

---

[1]– أنس العلبي، مرجع سابق، ص 107.

قبلت مجموعة البطاقة المصرفية عدم فسخ العقد إلا لأسباب مشروعة وذلك بهدف منح التاجر نوعا من الأمان القانوني إلا أنهم اندهشوا من أن هذا الاقتراح لم يؤخذ في الاعتبار [1].

إلا أن بعض المصدرين للبطاقات تمسكوا بأن عقد التاجر مبرم لمدة غير محددة والتاجر مثله مثل البنك يملك وضع نهاية لهذا الاتفاق في أي لحظة ومن هنا فطلب تسبيب الفسخ لا يمكن قبوله فطالما أن الثقة المتبادلة وهي عنصر أساسي في نوعية العلاقات بين الأطراف لم تعد موجودة فلا يمكن أن نلزم أحد الأطراف لإنهائه العقد بدون سبب خاص[2].

وفي إطار حماية التاجر من قرار الفسخ المفاجئ فقد تضمنت أغلب العقود المبرمة بين الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان والتاجر شرط الإخطار السابق واحترام مهلة معينة كما يمكن أن يحرم التاجر منها في حالات معينة:

1-حالة مراعاة الجهة المصدرة لمهلة الإخطار: نص عقد الأمريكان إكسبرس في مادته السادسة " يمكن فسخ هذا العقد بواسطة هذا الطرف أو ذاك في أية لحظة مع الإخطار السابق لمدة 06 أشهر كحد أدنى ويتم إخطار الفسخ بخطاب موصى عليه مصحوب بالعلم بالوصول إلا أنه عند عدم احترام المؤسسة المنضمة لأحد التزاماتها وبصفة خاصة الالتزامات الناشئة عن المادة[3] (قبول البطاقة) فإن المؤسسة المصدرة يمكنها وضع نهاية للعقد في أية لحظة بخطاب موصى عليه بعلم الوصول"[4].

كما تضمنت اتفاقية التاجر لفيزا ماستر كارد بنك مسقط في مادتها 02/26 " يحق لأي من الطرفين إنهاء هذه الاتفاقية بعد إعطاء الطرف الآخر إنذار مدته 30 يوما"، فبالرغم من إعفاء البنك المصدر من تسبيب الفسخ إلا أنه ملزم بمنح التاجر مهلة يستطيع

[1]– كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 383.
[2]– المرجع نفسه،ص 384.
[3]– كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 384.
[4]–Visa card /master card merchant agreement, BankMuscat.

من خلالها مواجهة موقفه الجديد، ذلك أن التاجر هو المتضرر الأكبر من فسخ العقد ،حيث أن البنك لا يفقد سوى العمولات التي كان يتقاضاها جراء استخدام البطاقة كما يفقد واحدا فقط من عملائه، وهذا لا يؤثر كثيرا في نشاطه[1]، أما بالنسبة للتاجر فالأمر مختلف تماما لأنه سيتضرر كثيرا ،و يكون عليه اختيار إما محاولة إيجاد جهة مصدرة أخرى يتعاقد معها، أو يتخلى عن قبول بطاقات الائتمان كوسيلة للدفع نهائيا[2]، وهذا ما يؤدي غالبا إلى تراجع نشاطه التجاري.

لذلك فإن مهلة الإخطار تمنح التاجر نوعا من الحماية حتى يتمكن من القيام بما هو ملائم لاستدراك وضعه بعد فسخ العقد بينه وبين التاجر، كأن يقوم بإجراءات التعاقد مع جهة مصدرة أخرى وما تتطلبه من مفاوضات وشروط لإبرام العقد.

2-حالة إعفاء البنك من مهلة الإخطار

و يفسخ العقد من طرف البنك عند إخلال التاجر بأحد التزاماته التعاقدية[3]، ويحرم في هذه الحالة من مهلة الإخطار.

و هذا ما تضمنته المادة 6 في عقد الأمريكان إكسبرس سالفة الذكر بقولها " إلا أنه عند عدم احترام المؤسسة المنضمة لأحد التزاماتها بصفة خاصة الالتزامات الناشئة عن المادة 02 (قبول البطاقة) فإن المؤسسة المصدرة يمكنها وضع نهاية للعقد في أية لحظة بخطاب موصى عليه"[4].

[1]– كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق ، ص 383.

[2]– عذبة سامي حميد الجادر، مرجع سابق، ص 233.

[3]– Stephane Piedlièvre, instrument de credit et de paiement, 7eme édition, DALLOZ, 2012, p 340.

[4]– كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، المرجع نفسه ، ص 384.

طبقا لهذا النص فإن فسخ عقد التاجر من طرف الجهة المصدرة دون مراعاة مهلة الإخطار التي يمكن التاجر من مواجهة موقفه الجديد، يكون إذا ما أخل التاجر بأحد التزاماته العقدية وفقا لشروط العقد المبرم مع الجهة المصدرة، كأن يعمد التاجر المورد بدلا من عرض الفواتير على البنك المصدر إلى تحصيلها بنفسه ليتهرب من العمولة التي يستوفيها المصرف على مجموع الفواتير[1]، هذا من جهة.

و من جهة أخرى يكون للبنك مصدر البطاقة فسخ العقد دون منح التاجر مهلة سبق الفسخ إذا ما ارتكبت أفعال تنطوي على غش أو أفعال باطلة".

ومتى تطرقنا إلى فسخ العقد من طرف الجهة المصدرة دون سبب وفي أي لحظة، فلنا أن نتساءل عن مدى تطابقه مع قواعد الفسخ المنصوص عليها في القواعد العامة ؟

للإجابة نرجع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المادة 119 تنص في فقرتها الأولى على أنه " في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ".

و عليه فإن فسخ العقد في القواعد العامة يستند إلى هذه المادة التي تخول للمتعاقد الدائن حق المطالبة بالتحلل من العلاقة العقدية بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، وهذا هو الشرط الجوهري للفسخ أين يخل أحد المتعاقدين بالتزامه[2].

إذن فإن إعفاء البنك من تسبيب الفسخ الوارد في عقود التاجر المبرمة بين الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان والتاجر، يعتبر خروجا عن القواعد العامة التي تضع شروطا لطلب

---

[1]- مرباح صليحة، مرجع سابق، ص 87.

[2]-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر ،2004،ص 374.

الفسخ في العقود الملزمة لجانبين أهمها عدم وفاء أحد الطرفين بإلتزماته، لكن ومن الناحية العملية فإن البنوك لا تقوم بفسخ العقد إلا إذا وجد إخلال جسيم من التاجر بالتزاماته[1].

ثانيا: فسخ العقد من طرف التاجر

إن العقود المبرمة بين الجهات المصدرة لبطاقات الائتمان والتجار، في معظمها تجيز لكل من الطرفين فسخ العقد في أي وقت دون إبداء الأسباب، وذلك بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول[2].

ونجد في هذا الصدد أن التاجر وضع على قدم المساواة مع البنك، كما أن أغلب عقود التاجر في بطاقة الائتمان تفرض على التاجر احترام مهلة الإخطار السابق كما ورد في عقد الأمريكان إكسبريس في المادة 06 " من الممكن أن يتم فسخ العقد من هذا الطرف أو ذلك في أية لحظة مع وجود إخطار سابق بستة أشهر على الأقل بخطاب موصى عليه بعلم الوصول[3].

ونصت اتفاقية التاجر لفيزا وماستر كارد لبنك مسقط " يحق لأي من الطرفين إنهاء هذه الاتفاقية بعد إخطار الطرف الآخر إنذار مدته 30 يوما "، و بذلك يكون للتاجر نفس الحق الممنوح للبنك في إنهاء العلاقة التعاقدية القائمة بينها في أي وقت ودون أي سبب، لكن عليه احترام مهلة الإخطار السابقة للفسخ.

و بالرغم من هذه المساواة في طلب الفسخ إلا أن التاجر مقيد في جميع الحالات بمهلة الإخطار، على خلاف البنك الذي تضمنت أغلب عقود التاجر في بطاقة الإئتمان على حالات تعفيه من التقيد بالمهلة السابقة للفسخ وهي الحالات التي تم التطرق إليها، إخلال التاجر بالتزاماته أو ارتكابه لغش أو أفعال باطلة.

---

[1]- كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق ص 386.

[2]- مرباح صليحة، مرجع سابق ،ص 84.

[3]- كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 386.

كما سبق القول واستتباعا لصفة الإذعان التي يتخذها عقد التاجر[1]، فإنه عادة ما ينص على إمكانية تعديل العقد من طرف البنك بإرادته المنفردة ومثال ذلك ما جاء في البند 11 من اتفاقية التاجر الصادرة عن شركة فيزا الأردن حيث تضمنت أن ما تقوم به الجهة المصدرة للبطاقة من تعديل لشروط وأحكام العقد لابد وأن يبلغ للتاجر خطيا ليكون له الحق بعدها رفض هذا التعديل واستخدام حقه في فسخ العقد[2]، ويكون ذلك في فترة عادة ما تكون مدتها شهر تسري من تاريخ تبليغه برسالة إعلامه بتعديل العقد.

و في جميع الحالات وبمجرد فسخ العقد، يلتزم التاجر برد الآلات والأدوات وجميع الوثائق المسلمة له من طرف مصدر البطاقة مع نزع جميع العلامات الظاهرة التي تبين اعتماده[3]،فقد جاء في نص المادة 15 من شروط اتفاقية التاجر ماستر كارد بنك مصر في حالة الفسخ، ترجع فورا للبنك وعلى نفقة التاجر جميع الأدوات والوثائق المقدمة من طرف البنك، وجميع التوجيهات الخاصة بقبول البطاقة وتعليمات التشغيل".

إذن فإن أثر فسخ عقد التاجر هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيكون عليه رد كل ما هو ملك للبنك والذي تلقاه منه في إطار استخدام بطاقة الإئتمان، ومثال ذلك رد الآلات ورد الفواتير ونماذج التواقيع إضافة إلى دفع نفقات فك الآلات[4].

كما أن إخلال التاجر بالتزاماته برد الآلات والأدوات إلى الجهة المصدرة للبطاقة، يعرضه إلى دفع غرامات غير مستردة عن كل يوم يتأخر فيه عن رد الأجهزة والأدوات، ويتم

---

[1]- طارق محمد حمزة، النقود الإلكترونية كإحدى وسائل الدفع، (تنظيمها القانوني والمسائل الناشئة عنها)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011 ص 238.

[2]- عذبة سامي حميد الجادر، مرجع سابق، ص 235.

[3]- مرباح صليحة، مرجع سابق، ص 84.

[4]-DIMITRI Houtcief , droit commercial , (Actes de commerce –commerçants – Fonds de commerce – Instruments de paiement et de credit) , Dalloz , 2005 , p 674.

استقطاع هذه الغرامات من أية مبالغ يتم تحصيلها للتاجر دون أن يكون له الحق في المعارضة أو الاعتراض[1]، هذا وفقا لما تضمنته اتفاقية التاجر الصادرة عن شركة فيزا الأردن في البند 26.

و تجدر الإشارة إلا أن قرار الفسخ طبقا للاتفاقية سالفة الذكر لا يؤثر على ما ترتب من التزامات، حيث أنها تصبح مستحقة ويتم تسويتها خلال مدة شهر من تاريخ الإنهاء[2].

ثالثا/ الإفلاس أو تغيير النشاط

ينتهي عقد التاجر في بطاقة الائتمان بإفلاس أحد طرفيه[3]، وفي هذه الحالة يفسخ العقد تلقائيا، بالإضافة إلى تنازل التاجر عن محله التجاري أو توقف عن ممارسة نشاطه التجاري[4].

1- إفلاس التاجر أو تغييره لنشاطه: بالنسبة لحالة إفلاس التاجر فقد عرف الإفلاس على أنه الحالة القانونية التي ينتهي إليها تاجر توقف عن دفع ديونه، أو هو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديونه في ميعاد استحقاقها، مما يؤدي إلى تصفية أمواله وبيعها تمهيدا لتوزيع ثمنها على جماعة الدائنين قسمة غرماء[5]، والإفلاس يصدر بمقتضى حكم من المحكمة، ومتى صدر هذا الحكم ترتبت عليه آثار قانونية أهمها غل يد المفلس عن إدارة أمواله وأن تصبح باطلة أو قابلة للإبطال كل

---

[1]- عذبة سامي حميد الجادر، المرجع نفسه، ص 235.

[2]- عذبة سامي حميد الجادر، مرجع سابق، ص 234.

[3]- أنس العلبي، مرجع سابق، ص108.

[4]-Youssef Knani ,Droit commercial , les effets de commerce – le cheque – le virement et la carte de paiement) , 3é éd , centre de publication universitaire , 2005 ,p372.

[5]- نادية فوضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص05.

التصرفات التي قام بها المفلس في خلال فترة الريبة وهي الفترة التي تبدأ من تاريخ توقفه عن دفع ديونه وتنتهي بحكم الإفلاس.

وعليه فكلما تحققت هذه الحالة في التاجر الطرف في عقد التاجر لبطاقة الائتمان فإنه يترتب عليها فسخ العقد تلقائيا مع الجهة المصدرة وبقوة القانون.

كما أن الذمة المالية للتاجر الذي يكون في حالة إفلاس أي مجموع ما له من أموال وما عليه من التزامات تصبح خاضعة لإدارة خاصة يتولاها الوكيل المتصرف القضائي تحت رقابة المحكمة[1].

و تجدر الإشارة إلى أن كل ما بحوزة التاجر من أدوات وأجهزة تعود ملكيتها للجهة المصدرة للبطاقة، وبالتالي لا يجوز إدخالها ضمن أموال التفليسة،بل يجب إعادتها فورا إلى الجهة المالكة لها وإلا تسبب التأخير بتعقيد وضع التاجر وزيادة الثقل على كاهله، حيث سيتعرض إلى فرض غرامات عن كل يوم تأخير مما يزيد من ديونه التي يسعى إلى تخفيفها[2].

أما فيما يخص وقف أو تغيير نشاط التاجر أو التنازل عن المحل التجاري فإنها تؤدي أيضا إلى فسخ العقد بقوة القانون، غير أن بعض عقود التاجر تفرض على التاجر المتعاقد مع البنك فرض العقد على من تؤول إليه ملكية المؤسسة التجارية كما هو الحال عليه في عقد التاجر لبطاقة الأمريكان إكسبرس[3]، بمعنى أن تنازل التاجر عن العقد إلى شخص آخر لا يوجب فسخ العقد لأنه قد يكون الشخص الآخر أي المشتري الجديد كفء وجدير بهذه المهمة.

---

[1]– نادية فوضيل، مرجع سابق، ص 05.

[2]– عذبة سامي حميد الجادر، مرجع سابق، ص 236.

[3] الوديعة المصرفية هي عقد بمقتضاه يسلم شخص مبلغا من النقود إلى البنك الذي يلتزم برده لدى الطلب أو ووفقا للشروط المتفق عليها.

2-إفلاس البنك: بالعودة إلى القانون التجاري وبالضبط المادة 215 منه التي تعرف حالة التفليس بأنها الوضعية التي يكون فيها تاجر أو شخص معنوي خاضع لقانون الخاص ولو لم يكن تاجر في حالة التوقف على الدفع.

و يقصد بالتوقف عن الدفع بأنه الحالة التي يكون فيها التاجر عاجز عن تسديد ديونه المستحقة الأداء.

أما في قانون النقد والقرض فقد أضاف بنك الجزائر مفهوما جديد للتوقف عن الدفع، وهو عدم توفر الودائع وفقا لما جاءت به المادة 13 من النظام 03/04 " لا يمكن استخدام ضمان الودائع المصرفية إلا في حالة توقف البنك عن الدفع ماعدا حالة قيام إجراء خاص بتسوية قضائية أو إفلاس يتعين على اللجنة المصرفية أن تصرح بأن الودائع لدى البنك[1]،أصبحت غير متوفرة عندما لا يقوم البنك بدفع ودائع مستحقة لأسباب مرتبطة بوضعيته المالية، وعندها تعتبر اللجنة المصرفية أن السداد مشكوك فيه[2].

وعليه فإن توقف البنك عن الدفع وفقا لهذا النحو يترتب عليه فسخ عقد التاجر الذي تم إبرامه في إطار استعمال بطاقة الائتمان.

كما أنه وفي حالة سحب الاعتماد الممنوح للبنك وذلك بناءا على قرار مجلس النقد والقرض أو بناءا على عقوبة تصدرها اللجنة المصرفية[3]، فإنه يؤدي إلى فسخ عقد التاجر وفي حقيقة الأمر فإن مثل هذه الحالة ونقصد بها إفلاس البنك قلّ ما تحدث، إلا أنها ليست مستحيلة[4].

---

[1]- حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015 ص 200.

[2]- عذبة سامي حميد الجادر، مرجع سابق، ص 237.

[3]- كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 388.

[4]- عذبة سامي حميد الجادر، المرجع نفسه، ص 237.

الفصل الثاني

أثار عقود بطاقات الائتمان على البنك

الفصل الثاني

أثار عقود بطاقات الائتمان على البنك

إن عدم وجود تنظيم قانوني خاص بطاقات الائتمان في التشريع الجزائري والمقارن، دفع أطراف العلاقة إلى تنظيم علاقاتهم بواسطة الروابط العقدية، وهذه الروابط متعددة، فاستعمال بطاقة الائتمان يمتاز بأن علاقة البنك بالعميل فيها تقوم على مجموعة من العقود المتعددة في ظل العلاقة الواحدة، حيث تبدأ هذه العلاقة بقيام البنك بفتح حساب للعميل، وقد يقترن في بعض الأحيان هذا الحساب وعقد منح الائتمان أو عقد قرض، حيث يمنح هذا الحساب العميل الاستفادة من خدمات البنك، ومنها خدمات بطاقات الائتمان.

وهذه العقود هي التي تحدد التزامات أطرافها، غير أن ارتباط العميل والبنك بمختلف تلك العقود لا يؤدي إلى تطبيق أحكام كل منهما على الآخر، وإنما تطبق أحكام كل عقد فيما يتعلق بحدوده فقط، فلا يتعداه إلى غيره، لأن لكل عقد مجاله وحدوده الخاصة به، لا يتعداها، فعقد تقديم أدوات قبول البطاقة – على سبيل المثال – لا ينظم سوى الكيفية التي يتم فيها استخدام هذه الوسائل وحقوق كل طرف من الأطراف والتزاماته بخصوصها، وبالتالي فلا ينظم إلا أحكام استخدام تلك الوسائل فقط، دون أن يتعدى ذلك ليتدخل مع العقد الوديعة أو فتح الاعتماد.

لكن ذلك لا يعني أن إرادة الأطراف هي المصدر الوحيد لالتزاماتهم، فهي وحدها لا تحدد معالم النظام القانوني لتلك العمليات في ظل غياب تشريعي خاص بها، وإنما توجد العديد من المصادر التي يمكن منها استقاء بعض القواعد القانونية والتنظيمية التي تتضمن بعض الالتزامات التي تقع على عاتق أطرافها، بالإضافة إلى ما أفرزته الأعراف المهنية المصرفية من عادات وممارسات استقر العمل بها بين أطراف المهنة البنكية فترة من الزمن،

حتى أصبح الاعتقاد بإلزاميتها ووجوب تطبيقها إذا تحققت الظروف العادية للحالة التي تحكمها.

من خلال استقراء عقود الحامل وعقود التاجر المتاحة، فضلا عن النصوص القانونية والتنظيمية ذات العلاقة باستعمال بطاقات الائتمان، تبين لنا أن البنك يلتزم بالعديد من الالتزامات في مواجهة عملاءه سواء كانوا تجارا أو أشخاص عاديين، والتي يمكن إجمالها في مجموعتين أساسيتين، مجموعة أولى وتضم التزامات البنك بإنشاء وتفعيل نظام لبطاقة الائتمان وخصصنا لدراستها **المبحث الأول** من هذا الفصل، ومجموعة أخرى وتضم التزامات البنك المتعلقة بالوفاء وعدم إفشاء السر المصرفي والتي سنتطرق إليها في **المبحث الثاني** من هذا الفصل.

المبحث الأول

التزام البنك بإنشاء وتفعيل نظام بطاقة الائتمان

أوضحنا فيما سبق أن تقديم البنك لخدمات بطاقات الائتمان لعملائه، يلتزم في الغالب إبرام عقود تنظم العمل بهذه الوسيلة ، هذه العقود تختلف طبيعتها عن طبيعة بطاقة الائتمان ذاته كتقنية بنكية، إذ فيها تفرغ حقوق وواجبات كل طرف فيما يتعلق بتقديم وسائل قبول البطاقة وكيفية استخدامها، وغيرها من الواجبات التي تحددها تلك الاتفاقات، ونظرا لأهمية تلك العقود إذ أنها تتعلق بإحدى العمليات البنكية الحديثة ذات الطابع التكنولوجي، فإن العميل لا تكون لديه المعلومات الكافية حول محل تلك العقود وطبيعتها، وما يمكن أن ترتبه من نتائج خطيرة على حقوقه ومصالحه، خاصة أن الطرف الذي يتعامل معه طرف محترف ومهني لديه قدرة اقتصادية وخبرة فنية وقانونية عالية، الأمر الذي يجعل كفة التوازن العقدي تتغير لصالح البنك، ويصبح العميل في موقف الطرف الضعيف الذي تعوزه الخبرة والدراية الكافية قبل إقدامه على إبرام العقد أو عند تنفيذه، وهنا يثار التساؤل عن كيفية حصول العميل على البيانات والمعلومات اللازمة لتكوين رأيه عند إقدامه على إبرام تلك العقود، أو لكيفية التعامل مع الأدوات والوسائل التي يتم التعاقد بشأنها، هل يلتزم بالبحث عنها من ذات نفسه وبوسائله الخاصة، أم إن البنك باعتباره الطرف الأقوى في الرابطة العقدية ومهنيا محترفا ملزما بتقديم تلك المعلومات لعميله، وهو ما سيكون موضوعا للدراسة في **المطلب الأول**، وفي **المطلب الثاني** سنتناول التزامات البنك المتعلقة بتوزيع البطاقات وتوفير الأجهزة لقبولها، أما **المطلب الثالث** فسنتناول فيه التزامات البنك المرتبطة باستخدام النظام الإلكتروني.

المطلب الأول

التزام البنك بإعلام العميل المستعمل للبطاقة

تقضي القواعد العامة في التعاقد بأن على كل من يقدم على التعاقد مع الغير أن يبحث بوسائله الشخصية عن المعلومات التي تلزمه لاتخاذ قراره في التعاقد[1]، ولا يلتزم البنك بناء على ذلك بتقديم أي معلومات، لأنه لا يجب على الشخص أن يتولى الدفاع عن مصالحه بنفسه، غير أن تطبيق هذه القواعد وإن كانت تنطلق من فكرة المساواة بين طرفي العقد لم تعد كافية لحكم العلاقة التعاقدية التي تجمع بين البنك بصفته طرفاً محترفاً والعميل أو المستهلك الذي يوصف بالطرف الضعيف في العقد[2].

وبذلك تراجعت هذه الفكرة التقليدية في ظل استخدام الوسائط الإلكترونية في التعامل؛ لأنه يصعب في العقد الإلمام بكافة ظروف التعاقد دون تعاون كاف من الطرف المحترف[3]، فاستعمال بطاقات الائتمان يستلزم استخدام برمجيات وأدوات إلكترونية تتنوع بحسب النظام الذي يستخدمه البنك، مما يصعب على العميل معرفة كافة تفصيلاتها ومخاطرها ومشكلاتها القانونية.

اهتم الفكر القانوني بإرساء التزام على الطرف القوي (البنك) يرمي إلى إعلام الطرف

---

[1] – محمد مرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، (العقد الإلكتروني – الإثبات الإلكتروني– المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، 2008م، ص 170.

[2] هذه المساواة لا تستند – في الكثير من الأحيان– إلى مساواة فعلية بين الطرفين، مما ينعكس في الغالب على مضمون العقد وشروطه وحقوق والتزامات كل من طرفيه لا سيما الطرف الضعيف فيه، فتزيد التزامات الأخير وسوء مركزه القانوني وهو ما يفيد منه الطرف القوي، الأمر الذي جعل المشرع والقضاء يتدخلان لمناصرة الطرف الضعيف، بمحاولة العدول عن فكرة المساواة القانونية لتحقيق فكرة المساواة الفعلية، وذلك بفرض القواعد التي تحمي الأخير من جور الطرف القوي وتسلطه. – محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 16، – محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 282.

[3] – خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني " دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011م، ص339.

الضعيف (الحامل أو التاجر) بكافة المعلومات حول العقد المزمع إبرامه، وكيفية تنفيذه بشكل سليم بما يحقق مصالح الطرفين، خاصة تلك العقود التي يكون محلها أشياء ذات طبيعة فنية معقدة، كما هو الشأن في عقود تقديم خدمات بطاقات الائتمان والتي يكون العميل جاهلا بالمعلومات المتعلقة بها، وإعلام العميل بكافة المعلومات عنها، خاصة الجوانب الفنية المتعلقة بما يجعل العميل يطمئن إلى أن المعاملة تتم بشكل سليم وبما يتفق مع مصالحه الخاصة، ويطمئن البنك إلى أن البطاقة يتم استخدامها بالشكل الملائم الذي يحافظ على أمن النظام الإلكتروني الذي تقوم عليه وسلامته.

لذا فإلزام البنك بإعلام العميل في إطار بطاقات الائتمان، يتطلب منا بيان مفهوم هذا الالتزام (فرع أول)، ثم بيان مضمونه (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام في عقد البنك مع عملاءه

إن الضعف الذي يعتري العميل بسبب الجهل وقلة الخبرة – التاجر أو الحامل– عند تعاقده مع البنك بخصوص عقود تقديم خدمات بطاقة الائتمان، كان الدافع وراء إلزام البنك في تقديم المعلومات والبيانات الضرورية والجوهرية حول جميع الوقائع والظروف التي يجهلها العميل، والإبعاد القانونية الالتزامات المترتبة عن العقد المراد إبرامه[1] ، حتى يكون تعاقده على بينة واختيار، وحتى يستطيع في الوقت ذاته معرفة جميع الخصائص القانونية والفنية للمعاملة التي ينوي إجرائها، وهذا ما أدى إلى ضرورة التفكير بجدية في إقرار مقتضيات تضاف بموجبها التزامات جدية إلى الواجبات الملقاة على عاتق المهني، والمتمثلة أساسا في الالتزام بالإعلام[2].

[1] – فرحات ريموش، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه بعنوان:" الالتزام بالإعلام"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر –1– 2012/2011، ص118.

[2] يشترط الفقه لنشوء الالتزام بالإعلام على عاتق المهني عدة شروط، أولها علمه أي "المهني" بالبيانات والمعلومات محل الالتزام بالإعلام، وثاني هذه الشروط أن تكون البيانات والمعلومات من شأنها التأثير على إدارة المستهلك في قراره

والالتزام بالإعلام لا يعلق فقط بالمرحلة التي تسبق التعاقد، وإنما يمتد أيضا إلى المرحلة التي ترتبط بتنفيذ العقد، والذي يهدف في الأولى إلى إدارة العميل بما يكفل دقة قراره التعاقدي، وربما يحمي صحة إرادته من كل عيب يشوبها من خلال إعلامه بالأمور الجوهرية بالعقد، والتي لولاها لما أبرم العقد أصلا مع البنك، أما الغاية من تقرير إعلامه بعد التعاقد فهي ضمان سلامة انتفاع المستهلك الكامل بالشيء محل التعاقد، وضمان حسن نية البنك في تنفيذ العقد مع العميل بالشكل الذي يوفر له الحماية[1].

وقد عرف البعض[2] هذا الالتزام بأنه " التزام أحد الطرفين بتقديم البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه، بل تحذيره ولفت نظره إذا استدعى الأمر ذلك".

وقد حاول بعض الفقه[3] وضع تعريف مستقل للالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن نظيره الخاص بمرحلة تنفيذ العقد، ويعرف هذا الفقه الالتزام الأول بأنه "التزام المهني السابق على التعاقد بتقديم المعلومات الجوهرية التي تفيد المستهلك، ولا يتمكن الحصول عليها بوسائله الخاصة، نظرا لطبيعة العقد" أما الالتزام بالإعلام التعاقدي والخاص بمرحلة تنفيذ العقد يعرف بأنه "التزام البائع بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمشتري بما يتفق مع موجبات حسن النية في التعامل والتي من شأنها أن تشكل رضا حرا ومستنيرا".

التعاقدي، فإذا لم يكن له أي تأثير على إرادته فلا يلتزم المدين لإدلاء بها، وأخيرا جهل المستهلك بالبيانات والمعلومات المطلوبة جهلا مشروعا. لمزيد من التفاصيل انظر: – مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 54 – خالد عبد المنعم إبراهيم، مرجع سابق، ص352.

[1]– Philippe Neau–Leduc, Droit bancaire, 4 édition, Dalloz, 2010, p.108.

[2] – محمد مرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص 173.

[3] – أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008م، ص93.

وعلى أية حال فإن الغاية من الالتزام بالإعلام في صورتيه السابقة[1] واللاحقة للتعاقد –كما ذكرنا– هي تنوير إرادة العميل –المستهلك– وتبصيره بكافة المعلومات الجوهرية التي يجهلها، سواء من حيث نوعية الخدمات التي يقدمها البنك للعميل، والحدود المصرح بها المسموح بها للقبول والاستعمال في حالة تحديدها بسقف معين، ومصاريف الاستعمال وغيرها من الالتزامات والواجبات التي يجب على العميل القيام بها في حالة التعاقد على فتح الحساب، أما في حلة التعاقد على تقديم أدوات الكترونية للعميل لاستخدامها في إجراء عن بعد لابد أن يشمل الإعلام على بيان أوصاف البطاقة، وخصائصها، وشروط العقد والتزامات أطرافه، وجزاء الإخلال بها، أو من حيث كيفية التعامل مع البطاقة محل التعاقد في مرحلة تنفيذ العقد بقصد الاستفادة القصوى منها، وتلافي كافة الأضرار التي يمكن أن تنجم في حالة استعمالها، أو عدم الاحتياط في حفظها، والتي يصعب على العميل " المستهلك" الإحاطة بمضمون هذه المعلومات الجوهرية بدون مساعدة الطرف الآخر " البنك".

لكن ما هو الأساس الذي يمكن الاعتماد عليه للقول بوجود التزام بالإعلام يقع على

[1]– تجدر الإشارة إلى أن هناك جانبا من الفقه يعتبر أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ذو طبيعة عقدية، ويستند هذا الرأي إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد، التي تعتبر أن الالتزامات السابقة على التعاقد التزامات عقدية تأسيسا على قيام المسؤولية العقدية كأثر للأخطاء التي تقع بمناسبة إبرام العقد، أو تلك التي حالت دون انعقاده بافتراض وجود عقد سابق على العقد الأصلي، – محمد مرسي زهرة، مرجع سابق، ص 176.

إلا أن البعض يرى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ذو طبيعة غير عقدية، لأنه من غير المعقول أن ينشأ فرع قبل أصله أو أن ينشأ التزام قبل مصدره، فالعقد لم ينشأ بعد حتى يتسنى القول بأن هذا الالتزام عقدي، كما يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الرضا الذي هو أحد أركان العقد لم يتحقق بعد، حيث أن الالتزام بالإعلام في مرحلة سابقة على التعاقد، وهو أمر يتعلق بتقديم المعلومات الكافية، والمتعلقة بالوضع القانوني للشيء، أو بصفاته المادية، وأمور أخرى، وهي معلومات لازمة لإيجاد رضا حر وسليم. – خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 335.

والملاحظ أن هذا الرأي الأخير هو الأجدر بالإتباع في اعتبار الالتزام قبل التعاقد ذا طبيعة غير عقدية، إلا أننا نرى أنه يستثني حالة واحدة يمكن اعتبار الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي ذا طبيعة عقدية، وذلك في حالة ما إذا كان هناك عقد إطار حدد على ضوئه الأطراف المبادئ والأطر العامة التي ينبغي أن يبنى على ضوئها عقد خدمات بطاقة الائتمان، فطبيعة هذا الالتزام تستمد من عقد الإطار الذي يسبق عقد تقديم خدمات بطاقة الائتمان وليس من عقود تقديم خدمات البطاقة التي لم تنشأ بعد.

عاتق البنك في مواجهة عملائه بخصوص استعمال بطاقات الائتمان؟

لقد أثار الأساس القانوني للالتزام بالإعلام جدلا فقهيا واسع النطاق فظهرت العديد من الاتجاهات الفقهية التي تحاول وضع أساس قانوني له.

فهناك اتجاه يرى[1] أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في القواعد الأخلاقية، والتي توجب هذه القواعد على المدين سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه وذلك بعدم إخفاء أي معلومات جوهرية لا يمكن للمتعاقد معه أن يصل إليها بمجهوده الخاص، كما تقضي منه أن لا يقدم أي معلومات كاذبة وغير صحيحة.

ويكد أصحاب هذا التوجه أن القواعد الأخلاقية تعد ضرورة حتمية في حياة الأفراد في بناء الأنظمة القانونية التي تنظم شؤون حياتهم، فهي تعمل على إشاعة روح التعاون والتضامن فيما بينهم، وأن أية محاولة من قبلهم لهدم تلك القواعد الأخلاقية وتعطيل تطبيقها وإعمالها فيما بينهم، تنتهي بالفشل، لأنهم في نهاية المطاف يستسلمون لاحترامها ومراعاتها.

لهذا فإن كثيرا من الأحكام القانونية – وفقا لهذا التوجه– ماهي إلا ترجمة لواجبات أخلاقية تم نقلها من المجال الأخلاقي إلى المجال القانوني، وبذلك فإن الضرورة الأخلاقية توجب حماية الشخص الضعيف من قوة تسلط الطرف الآخر وتعسفه في استخدام سلطته الاقتصادية.

وينتقد البعض[2] هذا التوجه على أساس أن هناك العديد من الالتزامات التي تستند إلى

---

[1]– سهير المنتصر، الالتزام بالتصبير، دار النهضة العربية، القاهرة، 199م، ص 28.– حسام الدين كمال الأهواني، حماية المستهلك في إطار نظرية العامة للعقد، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، التي تنظمها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، في الفترة من 6–7 ديسمبر، 1998م، ص 7.– خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 159.

[2]– محمد أحمد عبد الحميد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والالكتروني " دراسة مقارنة" رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2012م، ص 288.

أسس أخلاقية، إلا أنها في الواقع لا تحظى بالحماية القانونية اللازمة لإجبار الأفراد على تنفيذها واحترامها، لافتقارها إلى النصوص القانونية التي تنظمها، وتفرض الجزاء المدني الذي يتلاءم مع حجم مخالفة المدين لها.

ويتجه هذا الجانب من الفقه إلى تأسيس الالتزام بالإعلام على أساس اقتصادي لتحليل الاعتبارات الداعية لمخالفة القاعدة العامة، والتي توجب على المتعاقد – في الأصل- أن يسعى بوسائله الخاصة نحو الاستعلام عما يتعاقد عليه، ويفرق أصحاب هذا الاتجاه بين نوعين من المعلومات للقول بالاعتماد على الأساس الاقتصادي كأساس لالتزام بالإعلام، أحدهما المعلومات المكتسبة بطريق القصد، أو العمد وهي التي يتحصل عليها المرء بتكلفة معينة وفي هذه يرون أنها لا تلزم المهني بالإعلام بالنسبة لها، وثانيها المعلومات المكتسبة بطريق المصادفة والتي حصل عليها بدون أي تكلفة وهي التي يلزم المهني بإعلام المستهلك بها.

وعلى خلاف ذلك انتقد البعض[1] هذا التوجه لعدم وجود حدود فاصلة وحاسمة بين نوعي المعلومات المكتسبة بطريق القصد مدلولا واسعا إلى درجة كبيرة تجعله يشمل أي نوع من المعلومات، فيجعل وجود المعلومات المكتسبة بطريق المصادفة متلاشيا في حقيقة والواقع وإن كان لها وجود من الناحية النظرية، بالإضافة إلى أنه ركز جل اهتمامه على الاعتبارات الاقتصادية فقط دون أن يراعي الاعتبارات الأخلاقية التي ترفض استغلال المرء لجهل غيره، معتمدا في ذلك على ما لديه من معلومات فيستغلها لمصلحته ويخفيها عن غيره، ومع ما يترتب على ذلك كن تغليب للمصلحة الاقتصادية الفردية على المصلحة الاقتصادية العامة، والتي لا تتحقق إلا من خلال مراعاة الأفراد للمبادئ الأخلاقية، التي تملي عليهم إبرام العقود على الصدق والمكاشفة بدلا من الكتمان والتدليس.

1– Muriel Fabre-Magnan, " Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrat", these. Paris, 1991, p 76.

وهناك اتجاه[1] ذهب إلى أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا، حيث يتطلب العقد لانعقاده وجود رضا حرا واع ومستنير، وذلك حتى يلم المتعاقد بحقيقة العقد الذي يبرمه وبياناته التفصيلية ومدى ملاءمته للغرض من إبرامه والإخلال بالإعلام، شأنه شأن عيوب الإدارة، خصوصا التدليس؛ لما يمثله من عدم تبصير وكذب واحتيال، وهو الفرض الذي يحمل في جانبه الآخر إخلالا عقديا بالتبصير والإعلام.

وقد انتقد بعض الفقه[2] اعتبار نظرية عيوب الإدارة أساسا للالتزام بالإعلام، لأن هذا الالتزام وإن كان يتفق مع عيوب الإدارة من حيث الغرض، وهو ضمان صحة ورضا المتعاقد، إلا أن نطاقه أوسع بكثير من نطاق نظرية عيوب الإدارة، كما أن الجزاء على الإخلال بالالتزام المذكور لا يقتصر على إبطال العقد فقط، بل قد يرتب مسؤولية المدين بالإعلام والحكم عليه بالتعويض، الأمر الذي لا يجعل من هذه النظرية أساسا قويا للالتزام بالإعلام، كما أنه من جهة أخرى إذا كان هذا الأساس لا يصلح لتفسير الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ،فإنه كذلك غير قادر على تفسير الالتزام بالإعلام التعاقدي.

واتجه جانب من الفقه[3] إلى إقامة الالتزام بالإعلام على أساس مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقد مراعاة الصدق والأمانة بما يحقق الثقة بين الطرفين، سواء قبل التعاقد أو بعده، ومن مقتضى ذلك أن يفصح المهني للمستهلك عند إبرام العقد كافة المواصفات

---

[1]– عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون منشأة المعارف"، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008، – أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، در النهضة العربية، القاهرة، 1994، 107.

[2] – محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 286.

[3]– عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي " دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994م، ص 153– معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان الالكتروني المسؤولية المدنية الناشئة عليها، مرجع سابق ، ص 92، – عاشور عبد الجواد عبد الحميد، دور البنك بتقديم المعلومات " دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص 125.

والبيانات الضرورية عن الشيء محل التعاقد، والتي تجعل العميل يقدم على التعاقد عن بينة من أمره، وأي كتمان لمثل هذه المعلومات يتنافى مع مبدأ حسن النية، بل قد يدل على سوء نية المتعاقد إذا كان يعلم أو يظن أن هذه البيانات لها تأثير على قرار المتعاقد الآخر بإبرام العقد أو الإحجام عنه، كذلك يقتضي هذا المبدأ أن يعلم المستهلك بكافة المعلومات الجوهرية حول تنفيذ العقد.

وبذلك فإن الاعتماد على مبدأ حسن النية – وفقا لهذا التوجه – لا يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد، وإنما يمتد إلى مرحلة تكوين العقد من أجل تحقيق حماية الطرف الضعيف، والذي قد يكمن مصدر ضعفه في عدم العلم.

ويرى اتجاه آخر[1] أنه يستحيل تأسيس الالتزام بالإعلام على أساس واحد وأنه لابد من تضافر مجموعة من الأسس – من وجهة نظره– في أساس أخلاقي واجتماعي وأساس اقتصادي وأساس قانوني، على اعتبار أن ما من واحد من هذه الأسس إلا وله بصمة قوية وأثر كبير في بناء وتدعيم قيام هذا الالتزام ونشأته في ميدان التعامل بين الأفراد، بحيث يصعب اعتبار أحد هذه الأسس الأساس الوحيد والفريد الذي يقوم على أكتافه الالتزام بالإعلام.

وهناك اتجاه آخر يرى[2] أن الالتزام المهني بالإعلام يجد أساسه في الالتزام بالضمان، بمعنى أن الالتزام بضمان العيوب الخفية.

إلا أنه يصعب تأسيس الالتزام بالإعلام على أساس ضمان العيوب الخفية، لاختلاف التزام بالإعلام بضمان العيوب الخفية، سواء من حيث مصدره أو نطاقه أو طبيعته القانونية.

فمن حيث المصدر يجد الالتزام بضمان العيوب الخفية مصدره في المواد (378–

---

[1]– خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 269.

[2]– عزة محمود أحمد خليل، مرجع سابق، ص 139.

386) من القانون المدني الجزائري، بينما الالتزام بالإعلام فهو من ابتكار القضاء الفرنسي في تفسير إرادة المتعاقدين[1].

أما من حيث نطاق كل منهما فنجد أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع وأشمل من نطاق الالتزام بضمان العيوب الخفية، إذ يمكن أن تترتب مسؤولية مقدم الخدمة إذا ما أخل بالتزامه بالإعلام حتى ولو كان الشيء خاليا من العيوب[2].

أما من حيث الطبيعة فالالتزام بضمان العيوب الخفية هو التزام بتحقيق نتيجة، أما الالتزام بالإعلام، فهناك من الفقه يرى أنه التزام ببذل عناية[3].

---

[1]- خالد جمال احمد، مرجع سابق، ص 12.

[2]- عزة محمود أحمد خليل، مرجع سابق، ص 150.

[3]- وتجدر الإشارة إلى أن هناك من الفقه من يرى أن طبيعة التزام المهني بإعلام المستهلك خاصة في مجال العقود التي ترد على الأشياء الخطرة هو التزام بتحقيق نتيجة، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على أن جدوى هذا الالتزام لن يتحقق إلا من خلال اعتباره تطبيقاً للالتزام المحدد، أي الالتزام بتحقيق نتيجة. كما يستند هذا الاتجاه إلى أن هذه الطبيعة المحددة للالتزام بالإعلام هي التي تضمن أيضاً اتساق الأحكام المطبقة على حالات المسؤولية الناشئة عن الأضرار التي تلحقها المنتجات أو الخدمات محل التعاقد بالمستهلك، حيث إنه من المفترض على المهني أن يتوقع عيوب ومخاطر المنتجات أو الخدمات التي يقدمها، وبالتالي يلتزم بإزالة تلك العيوب ودرء تلك المخاطر، وفي حالة تقصيره في ذلك تشدد مسؤولية، بحيث يفترض لدى ثبوت العيب علمه به ومسؤوليته عنه.

- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون المصري والكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص 275.

François Terré, Ph. Simler et Yves Lequette, Droit civil les Obligations, Dalloz, 10 é édition, septembre 2011, p266.

بينما يرى بعض الفقه أن الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، على اعتبار أنه ليس من العدل أن يتحمل المدين نتيجة لا يمكنه السيطرة عليها؛ نظراً لما يكتنفها من احتمالية؛ لأن الدائن تظل له حرية عدم إتباع المعلومات التي يتلقاها، فالنتيجة المرجوة من فرضيا هذا الالتزام احتمالية، وليست مؤكدة الوقوع، كما أن الدور الذي يلعبه الدائن في تحقيق النتيجة المطلوبة من الالتزام بالإعلام يمكنه التحكم في تحقيقها أو منعها.

- مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، صر 73، د/عزة محمود خليل، مرجع سابق، 155، - محمد أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 297.

غير أنه وفي ظل عدم قدرة جميع الآراء السابقة في تفسير الالتزام بالإعلام، نرى أنه لا بد من التفرقة بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي والالتزام بالإعلام التعاقدي، ففي الالتزام الأول نرى أن أساس هذا الالتزام يستند إلى نصوص القانون، حيث قامت التشريعات بوضع نصوص قانونية واضحة وصريحة تقرر هذا الالتزام على عاتق المهني الملتزم به ، وتحمي المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، وبالتالي تضع أسلوباً لحمايته بما يعيد التوازن العقدي بين الطرفين.

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع فرض التزاماً عامًا على عاتق المهني بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد في عقود الاستهلاك، سواء كانت التقليدية أو الإلكترونية، ومنها عقود تقديم خدمات طاقات الائتمان، يوجه إلى كل المستهلكين في تلك العقود، ويهدف إلى تنوير إرادتهم، ويتعلق بالإدلاء بكافة، المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك.

كما قامت بعض التشريعات التي نظمت استخدام بطاقات الائتمان، بالنص على التزام خاص بالإعلام قبل التعاقدي يقوم البنك في إطاره بتزويد العميل بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالشروط اللازمة للعقد المزمع إبرامه، وكذلك الصفات الأساسية للبطاقة وخصائصها، ومخاطرها، وذلك بهدف توفير أكبر قدر من الحماية لكلا الطرفين، خاصة العميل الذي لا يستطيع التعامل مع تلك الأدوات بدون تزويده بالمعلومات الكافية حولها من البنك مقدم تلك الأدوات ومن ذلك ما نصت عليه المادة (L314-13) من قانون النقد والمالية الفرنسي والتي أوجبت على البنك إمداد العميل بكافة البيانات والمعلومات اللازمة لتنوير أرادته قبل إبرام عقد تقديم خدمات الدفع، وقد أحالت هذه المادة في تحديد المعلومات

ونرى من جانبنا أن الرأي الأول هو الأجدر بالتأييد فالشخص المهني هو الذي يكون لديه الدراية والخبرة الكافية بخصائص الشيء أو الخدمة محل التعاقد، ومن يملك الفهم والدراية بخصائص الشيء أو الخدمة يقع عليه حتماً أن يعلم الطرف الآخر بكل المعلومات اللازمة حوله، وبذلك يكون التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية.

والبيانات التي يجب على البنك الالتزام بتقديمها للعميل، على الفقرة الثانية منها، والتي تضمنت المعلومات التي يجب على البنك إعلام العميل بها[1].

ويلاحظ أن النصوص السابقة جعلت الإعلام اللاحق بناء على طلب المستهلك، وفي ذلك نقص لحمايته، خصوصاً المستهلك في إطار استعمال بطاقات الائتمان، نظراً لكون هذا الاستعمال يقوم على استخدام وسائل تكنولوجيا حديثة ومعقدة، قد تشكل خطراً على المستهلك نفسه والبنك في الوقت ذاته، بالإضافة إلى أن قلة الوعي والخبرة لدى العميل المستهلك –الحامل أو التاجر– حول خصائص وطبيعة بطاقة الائتمان محل التعاقد، وما تتميز به من طابع الحداثة والتعقيد، تجعله لا يستطيع أن يحدد المعلومات التي يطلب من البنك تزويده بها في العقد، مما يجعل هذه المادة قاصرة في توفير الحماية الكافية للمستهلك، والتي كان من المفترض أن تلزم المهني – البنك– بتقديمها من تلقاء نفسه، وبدون حاجة إلى توقف ذلك على طلب المتعاقد مع البنك.

ومن جهة أخرى نجد أن التشريعات التي نظمت استعمال بطاقات الائتمان في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد، وذلك حتى يمكن الاعتماد عليه كأساس يستند عليه هذا الالتزام، وإنما اكتفت بالنص على هذا الالتزام في المرحلة السابقة عليه، رغم أن الإعلام في مرحلة تنفيذ العقد لا يقل أهمية عن الإعلام في المرحلة السابقة على إبرامه، خاصة في ظل المنتجات المتطورة ذات التقنيات العالية والحديثة، ومنها مختلف أدوات وآلات استعمال بطاقات الائتمان، ويوجد جمهور كبير من المتعاملين مع تلك الأدوات ليس لديهم القدرة

---

[1] جاء النص ما يلي:

"...les informations et les conditions sur le prestataire de services de paiement sur l'utilisation d'un service de paiement sur les frais les taux d'intérêt et les taux de change sur la sur la communication entre l'utilisateur et le prestataire de services de paiement sur les mesures de protection et les mesures correctives sur la modification et la résiliation du contrat-cadre et sur les recours ..."

الكافية للإحاطة بكيفية استخدامها، ومخاطر ذلك الاستخدام، حتى إنه أصبح في حكم المستحيل على أي متعاقد أن يدعي علمه بكافة التفاصيل التقنية والفنية حول خصائص وطرق التعامل مع تلك الأدوات، وتجنب أضرارها، مما جعل من تلك الخدمات حكراً على المستهلكين الأكثر وعياً واحترافاً.

وإزاء ذلك النقص التشريعي في توفير الحماية الكافية للمتعاملين مع تلك الأدوات، فإنه يصعب الارتكان إلى العقد المبرم بين البنك والعميل كمصدر لالتزام البنك بإعلام العميل، فهذا الأخير لا تكون لديه الحرية في تحديد مضمون العقد واختيار الشروط التي تلاؤمه، حيث إنه عادة ما تكون هذه العقود معدة بشكل مسبق من طرف البنك على مطبوعات خاصة تتضمن نماذج، وهي ما أصبح يسمى في وقتنا الحاضر "العقود النموذجية" أو "النمطية" ، وانفراد البنك بوضع هذه العقود يتيح له التخفيف من التزاماته دون أن يضمن تلك العقود البيانات والمعلومات التي يلتزم بإعلام العميل بها في أثناء مرحلة تنفيذها، خاصة إذا كان إدلاؤه بتلك المعلومات يكلفه – أي البنك – مجهوداً كبيراً ونفقات مالية، كما أنه حتى ولو أتيح للعميل التفاوض حول العقد وتحديد الالتزامات والحقوق المترتبة عليه، فقد لا يستطيع غالباً أن يحدد المعلومات والبيانات التي يحتاج أن يمده بها البنك بشكل دقيق وكامل، بسبب قلة خبرته، أو عدم الإحاطة – كما أسلفنا– بجميع تلك المعلومات أو معظمها.

وبذلك فإننا نرى أنه يمكن الاعتماد على "مبدأ حسن النية" في تنفيذ العقد كأساس لهذا الالتزام، والذي نص عليه القانون المدني الجزائري في نص المادة 107 منه،[1] ويوجب هذا المبدأ على البنك أن يلتزم التزاماً إيجابيًا بالصدق والأمانة، وبعدم إخلاله بالثقة التي وضعها فيه العميل المتعاقد معه، ومن ثم يقع عليه تطبيقاً لهذا المبدأ الالتزام بمدّ العميل

[1] نصت على هذا المبدأ المادة (1/148) مدني مصري، والتي جاء فيها " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ...".

بكل المعلومات اللازمة لمساعدته في الاستفادة من بطاقة الائتمان الاستفادة الكاملة، وتحذيره من أية مخاطر تنجم عن استعمال تلك الأدوات استعمالا خاطئاً أو غير مشروع.

الفرع الثاني: محل الالتزام البنك بالإعلام

إن محل، الالتزام بالإعلام، سواء قبل التعاقد أو بعده، يشمل جميع المعلومات والبيانات الضرورية والجوهرية التي تهدف إلى تنوير إرادة العميل، وتساعده على استخدام بطاقة الائتمان الاستخدام و القبول الأمثل بما يكفل تفادي أية مخاطر أو أضرار قد تلحقه من جراء إبرام العقد أو تنفيذه[1]، وقد حرصت التشريعات على بيان المعلومات التي يجب على المدين "البنك" الالتزام بالإدلاء بها لصالح المستهلك العميل، خصوصاً في المرحلة السابقة على التعاقد.

وبذلك فإن المعلومات والبيانات التي يلتزم البنك بالإدلاء بها للعميل بخصوص استعمال بطاقات الائتمان، منها ما يتعلق بالشروط القانونية والتعاقدية، ومنها ما يتعلق بالبطاقة، من حيث كيفية استخدام العميل لها وقبوله، والمخاطر التي قد تنجم عن استخدامها.

أولا / المعلومات التي تتعلق بالشروط القانونية للعقد.

يجب على البنك قبل قيامه بالتعاقد مع أحد عملائه، أن يقوم بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بكافة الشروط التعاقدية التي تحكم التعامل ببطاقات الائتمان، بالشكل الذي يمكن كل من الحامل والتاجر من الوقوف على مكونات العقد الذي يربطه

[1]-Michel Jeantin, Paul Le Cannu Thierry Granier, Richard Routier, Droit Commercial Instruments de paiement et de crédit titrisation, 8éme édition, Dalloz, 2010, p.215.

بالبنك وخصائصه الذاتية، ومدى جدواه وملاءمته في إشباع حاجته التي يرمي إليها، لما لذلك من أهمية بالغه في التأثير على قراره بالإقبال على التعاقد[1].

لذلك أوجبت العديد من التشريعات الخاصة بحماية المستهلك على المهني الالتزام بإحاطة المستهلك بكافة الشروط اللازمة للعقد المزمع أبرامه، وذلك من حيث مراحل التنفيذ، وما يرد بالعقد من ضمانات، وما إذا كانت هناك خدمة ما بعد التعاقد ستقدم للمستهلك من عدمه، كذلك مدة العقد، وتحديد مسؤولية المتعاقد، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (3-L.113)[2]، من قانون الاستهلاك الفرنسي وفق النسخة الموحدة رقم 737-2010 الصادر في 2010/08/01، والتي أوجبت على كل مهني أن يُعلم المستهلك بالظروف المتعلقة بعملية البيع أو الخدمة المطلوب تقديمها، والمسؤولية التعاقدية التي يتحملها المستهلك.

وكذا المادة (L.121-18) من القانون سالف الذكر والتي كانت أكثر تفصيلاً في تحديد الشروط التي يلتزم المهني بإعلام المستهلك بها قبل التعاقد، حيث أوجبت عليه أن يحدد البيانات الخاصة به من حيث اسمه وعنوانه وأرقام تليفوناته، وطرق الدفع والتسليم

---

[1] تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يتطلب من المدين المهني الالتزام بالإعلام بكل صغيرة وكبيرة من المعلومات التي يعرفها عن العقد المراد إبرامه، وإنما يقتصر التزامه بالإدلاء بالمعلومات الجوهرية التي تؤثر على قراره بشأن العقد وتفيده في تكوين رأيه عن محل العقد، والتي لا يستطيع الحصول عليها بوسائله الخاصة، وبالتالي فإنه لا يطالب المدين بإعلام دائنه بالمعلومات غير الجوهرية التي لا أثر لها على قرار الدائن بشأن العقد، كما أن الراغب في التعاقد لا يصدق عليه وصف "الدائن بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد" متى أمكنه الوصول إلى المعلومات المتصلة بالعقد بوسائله الخاصة، أو كان عالماً بها من باب أولى، ولذلك فإنه يجب عليه الاستعلام عن المعلومات التي يمكنه التعرف عليها بطريقته الخاصة، كما عليه إن أراد مزيداً من المعلومات الثانوية المتصلة بالعقد، أن يبحث عنها بنفسه دون أن يكون له الحق في مطالبة غيره بها .

- محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 289، - خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 86.

[2] جاء في هذا المادة أنه:

" Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit par voie de marquage d'étiquetage d'affichage ou par tout autre procédé approprié informer le consommateur sur les prix les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la Vente…

والتنفيذ، والحق في الرجوع عن التعاقد، والمدة التي يظل الإيجاب ملزماً خلالها، ومدة العقد في العقود المستمرة أو الدورية[1].

ويتفق التوجيه الأوروبي رقم (EC/97/7) الخاص بالتعاقد عن بعد[2]، مع القانون سالف الذكر في هذا الشأن.

واستكمالاً للسياسة الحمائية للمستهلك التي يتبعها المشرع الفرنسي، أصدر هذا المشرع قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم (575) بتاريخ 2004/6/21 م[1]، والذي تم

---

[1] جاء المادة (L. 121– 18) أنه:

" l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes:

1- Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service son numéro de téléphone son adresse ou s'il s'agit d'une personne morale son siège social et si elle est différente l'adresse de l'établissement responsable de l'offre;

2=Le cas échéant «les frais de livraison;

3- Les modalités de paiement de livraison ou d'exécution

4- L'existence d'un droit de rétractation «sauf dans les cas où les dispositions de la présente section excluent l'exercice de ce droit,

5- La durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci ;

6- Le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base ;

7- Le cas échéant «la durée minimale du contrat proposé «lorsqu'il porte sur la fourniture continue ou périodique d'un bien ou d'un service "...

راجع نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي وفق النسخة الموحدة رقم 737–2010م الصادر في 2010/7/1م على الرابط الإلكتروني:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?

[2] تقتضي المادة (1/4) من هذا التوجه أنه يجب أن تتضمن المعلومات التي يلتزم المهني أن يزود بها المستهلك، هويته وعنوانه، والخصائص الرئيسية للسلعة أو الخدمة، وأسعارها، وتكاليف تسليمها، والإجراءات الخاصة بالدفع والتسليم أو التنفيذ، وتكاليف استخدام وسائل الاتصال عن بعد، والمدة الدنيا للعقد في حالة عقود التوريد للمنتجات أو الخدمات التي يتم تقديمها بصورة مستمرة أو بصفة دورية.

للاطلاع على نصوص هذا التوجيه انظر:

http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/Sgadoc?smartapilcelexapilprod!CELEXnumdocêlgfr&numdoc31997L0007&modelguichett

بموجبه تعديل بعض أحكام مواد القانون المدني وقانون حماية المستهلك بما يجعلهما ملائمين لتنظيم العقود الإلكترونية وقد أولى هذا القانون اهتماماً خاص بالمستهلك الإلكتروني، حيث أوجبت المادة (19) والمادة (2/25) من هذا القانون على المهني في عقود الاستهلاك الإلكتروني، أن يتيح للمستهلك عبر الشبكة الشروط العامة للبيع، وذلك على نحو يسمح له بفهمها والاحتفاظ بها أو نسخها.

وقد حددت هذه المواد المعلومات التي يلتزم المهني بالإفصاح عنها للمستهلك الإلكتروني، وتتمثل في بيان الخطوات أو المراحل واجبة الإتباع لإبرام العقد الإلكتروني، مع بيان الوسائل التقنية التي تسمح للمستهلك بأن يتعرف عليها قبل إبرام العقد على البيانات التي ينوى التوقيع عليها وما يشوبها من أخطاء، وقدرته على تصحيحها، بالإضافة إلى ما يقترحه المهني من لغات لإبرام العقد، وشروط الدخول للعقد المخزن والمحفوظ لدي المهني، والوسائل التي يلتزم المستهلك بإتباعها للتعرف إلكترونياً على القواعد المهنية والتجارية التي يخضع لها المهني عند اللزوم[2].

ويطلق على هذه الالتزام الوارد في هذه النصوص "الالتزام العام بالإعلام في عقود الاستهلاك سواء كانت التقليدية أو الإلكترونية، الذي يتوفر بصفة أساسية في المرحلة السابقة على التعاقد، والذي يوجه إلى كل المستهلكين في عقود الاستهلاك، ويهدف إلى تنوير إرادتهم، ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك [3]، وبذلك يمكن اعتبار هذه النصوص بمثابة قاعدة أو أساس لتقرير الحماية

---

[1] متاح هذا القانون على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTeXte.do?cid TexteJORFTEXT000000801164

[1] ينتقد البعض هذا القانون على أساس أنه أغفل ذكر بعض البيانات التي قد تمثل أهمية كبيرة للمستهلك، كشروط التسليم والاستبدال، ومدى وجود خدمة الصيانة، أو خدمة ما بعد البيع، وإمكانية الرجوع في التعاقد من عدمه.– مصطفي أبو عمرو، مرجع سابق، ص 126.

[3]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 289.

القانونية لمختلف المستهلكين، ومنهم عملاء البنوك، وتلتزم هذه الأخيرة بموجبها بتوفير الحد الأدنى من البيانات والمعلومات حماية لهم.

إلا أن هذا الالتزام العام قد لا يكفي لحماية المستهلك في إطار بطاقات الائتمان، نظراً للخصوصية التي تتمتع بها تلك العمليات المنفذة بها سواء من حيث أطرافها أو من حيث مضمونها. لذا قامت العديد من التشريعات التي نظمت عمليات بطاقات الائتمان بالنص على التزام خاص بالإعلام، يوجه إلى كل شخص ينوي التعاقد مع البنك بخصوص الاستفادة من بطاقات الائتمان، ويلتزم البنك بموجب هذا الإعلام الخاص، بالإفصاح بكل البيانات والمعلومات التي حددتها نصوص هذه التشريعات، بالشكل الذي يضمن أن يكون هذا الإعلام واضحاً وصادقاً وكاملاً يعكس علماً حقيقيًا بمضمون العقد بحيث يستطيع العميل على ضوئه أن يُقدم على التعاقد مع البنك في ظل رضا حرّ مستنير، وهو عالم بحقيقة ما يقدم عليه.

وقد حدد المشرع الفرنسي في المادة (L.314-12) من قانون النقد والمالية[1] البيانات التي يلتزم البنك أن يعلم العميل بها قبل إبرام عقد تقديم خدمات الدفع، حيث نص على ضرورة أن تتضمن تلك البيانات جميع الشروط المتعلقة بتقديم الخدمة، وكذلك كافة البيانات المتعلقة بمقدم خدمة الدفع، بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بإنهاء وتعديل العقد.

وبخصوص وقت الإدلاء بتلك المعلومات، فكونها تتعلق بالشروط اللازمة للتعاقد، فالمنطق يقتضي أن يتم الإفصاح عنها في المرحلة السابقة على إبرام العقد، ولا يتصور أن

---

[1] قام المشرع الفرنسي بالنص على التزام البنك بإعلام العميل في المادة (L.314-12) التي أحالت على الفقرة الثانية من المادة (L314-13) والتي تضمنت المعلومات التي يجب على البنك إعلام العميل بها، حيث جاء النص كالآتي:

"... les informations et les conditions sur le prestataire de services de paiement sur l'utilisation d'un service de paiement sur les frais, les taux d'intérêt et les taux de change sur la sur la communication Il entre l'utilisateur et le prestataire de services de paiement sur les mesures de protection et les mesures correctives sur la modification et la résiliation du contrat-cadre et sur les recours ...."

يحقق هذا الالتزام غايته والحكمة من وجوده، إلا إذا تم تنفيذه قبل إبرام العقد بفترة زمنيه كافية، وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من التوجيه الأوروبي والخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، كما تولت بيان التوقيت الذي يجب تنفيذ الالتزام بالإعلام خلاله المادة (L.111-1)[1] من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي أوجبت أن يتم ذلك قبل إبرام العقد بوقت مناسب.

وبخصوص الوسيلة التي يجب أن يتم فيها هذا الإعلام، فقد اشترط كل من المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة (L-314-13) من قانون النقد والمالية[2]، أن يكون الإعلام بواسطة وثيقة مكتوبة أو أي وسيلة أخرى موثوق بها، وأن تكون واضحة ومفهومة بسهولة.

ويمكن للبنك أن يوفي بهذا الالتزام وفقاً للشكل المطلوب إذا ما قام بتسليم نسخة من مشروع العقد للعميل[3] ، حتى يتسنى له الاطلاع عليه وتفحصه وقراءته أكثر من مرة بسهولة ويسر، ليس فقط بالاعتماد على توضيحات البنك، بل كذلك بأخذ المشورة ممن يثق به وله إلمام بالعملية حتى يكون تعاقده عن تبصر وعلم كافيين.

وتكمن أهمية هذه الوسيلة في أنها تعمل على محاربة بعض الممارسات من طرف المهنيين الذين قد لا يقبلون تسليم الوثائق التعاقدية إلا بعد التوقيع على العقد بالشكل الذي

---

[1] تنص هذه المادة على أنه:

" Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaitre le caractéristiques essentielles du bien···."

[2] وذلك في المادة (L314-13) من قانون النقد والمالية والتي جاء في فقرتها الأولى:

I.-Avant que l'utilisateur de services de paiement ne soit lié par un contrat-cadre ou une offre de services de paiement «le prestataire de services de paiement lui fournit sur support papier ou sur un autre support durable les informations et conditions mentionnées à l'article L. 314-12...

[3] اشترط المشرع الفرنسي في الإعلام عن طريق العقد، أن يتم بناء على طلب العميل وذلك في المادة (L314-13) من قانون النقد والمالية، وتطلب أن يتضمن هذا العقد، جميع المعلومات الواردة في المادة (L314-12) والسابق الإشارة إليها.

يحرم المستهلك من كل إمكانية لدراسة العقد قبل إبرامه[1].

ثانياً / المعلومات المتعلقة باستعمال البطاقة

إن التزام البنك بتقديم المعلومات والبيانات اللازمة للعميل حول بطاقة الائتمان ومعدات استعمالها، يحتل أهمية خاصة في ضوء الطبيعة التكنولوجية التي تتميز بها، والذي يتعذر على الكثير من عملاء البنك الإحاطة بالخصائص الفنية والتقنية التي تتمتع بها هذه الأدوات، وبالتالي أصبح الكثير يجهلون الطرق الصحيحة لاستخدامها بما يحقق الفائدة المرجوة منها، وبالشكل الذي يحافظ على أمن نظام استعمال بطاقات الائتمان ككل.

وعلى ضوء ذلك يلتزم البنك بإدلاء للعميل بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخصائص الذاتية والأوصاف الفنية والمادية المتعلقة بالبطاقة ونوعها والمعدات المستعملة في استخدامها، عملاً على تصحيح صورتها في ذهن العميل، وبالشكل الذي يمكنه من الوقوف على المزايا التي يمكن أن تتحقق له من التعاقد عليها، ومدى جدواها وملاءمتها في إشباع حاجته التي يرمي إليها، لما لذلك من أهمية بالغة في التأثير في قراره بالإقبال على التعاقد من عدمه[2].

[1] لا شك أن إعلام العميل عن طريق العقد وسيلة فعالة إذا ما قورنت بالإعلان، فهذه الأخيرة وسيلة لجذب المستهلك تقدم في صورة معلومات توجه إلى الجمهور دون أن تحمل كافة التفاصيل الدقيقة عن الخدمة أو المنتج، فالإعلان لا يكون صادقاً بالمعنى الدقيق، لأن الأوصاف التي يحملها وأن كانت صادقة في ذاتها، فهي لا تحمل إلا جانباً من جوانب المنتج أو الخدمة، ويترك الجانب الذي يحمل تنبيهات قد تصرف العميل عنها، بينما الإعلام عن طريق العقد يهدف إلى حماية العميل بتقديم معلومات موضوعية وصادقة عن المنتج أو الخدمة محل التعاقد. للمزيد من الاطلاع انظر:

– عبد الحميد الدياسطي عبد الحميد، آليات حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج" دراسة مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة طبعة 2009 ، ص197.

[2]– أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 128، – عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 232، – خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 370.

وفي هذا الصدد أوجبت المادة (L.111-1) [1] من قانون الاستهلاك الفرنسي على كل مهني محترف أن يضع أمام المستهلك كل الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة، ويقصد بالصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة تلك الخصائص التي يتحدد بمقتضاها رضا العميل والتي تسمح بالاستعمال الصحيح للسلعة أو الخدمة.

كما يلتزم البنك بإعلام العميل بكيفية استخدام البطاقة وبجميع الاحتياطات الواجب مراعاتها عند تشغيلها وحفظها[2]، والسقف المحدد للعمليات المسموح بإجرائها بواسطة البطاقة، وجميع القيود التي ترد على التعامل بها، وجميع المصاريف والعمولات والفوائد المترتبة على استخدامها.

كذلك يجب على البنك أن يحذر [3] العميل من المخاطر الناتجة عن طبيعة البطاقة، والإجراءات التي يجب عليه مراعاتها لتفادي تلك المخاطر[4]، كما يلتزم البنك أن يعلم العميل

---

[1] تنص هذه المادة على أنه:

" Tout professionnel vendeur de biens doit savant la conclusion du contrat omettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.
II. - Le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché. Cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur avant la conclusion du contrat ..."

[2]- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص142.

[3] ويرى البعض بأنه لكي يحقق التحذير غرضه على الوجه الأمثل فإنه لابد أن يكون وافياً أي كاملاً، ويكون كذلك عندما يشير المهني إلى كل المخاطر التي يمكن أن تلحق المستهلك، ويحتوي أيضاً على كيفية الوقاية من المخاطر، كما يجب أن يكون واضحاً أي أن يكون التحذير واضح الصياغة وسهل الأسلوب يدل دلالة كافيه على المخاطر التي يمكن أن تترتب على استعمال الشيء محل التعاقد في حالة عدم إتباع التعليمات والإرشادات، وعدم اتخاذ الاحتياطات التي يتضمنها التحذير، كذلك يجب أن يكون التحذير ظاهراً ويكون التحذير ظاهراً إذا كان يجذب على الفور انتباه المستعمل أي يصطدم بنظره من الوهلة الأولي، والوسيلة المثلي لذلك تتمثل في فصل البيانات التحذيرية عن بقية البيانات الأخرى المتعلقة بخصائص الشيء وطريقة استعماله، وبالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون التحذير ملاصقاً أي أن تكون البيانات التحذيرية لصيقة بالمنتج وغير منفصلة عنه.-عبد الحميد الدياسطى عبد الحميد، مرجع سابق، ص 207 - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 147 - عزة محمود خليل، مرجع سابق، ص145.

[4]- Philippe Neau-Leduc, op.cit, p. 110.

بالوسائل التي يجب عليه أن يتواصل معه من خلالها لإبلاغه بأي مخاطر تصل إلى علمه تهدد أمن استخدام البطاقة، وأن يوعيه بكيفية استخدام هذه الوسائل إذا كانت من الأدوات التي تحتاج إلى عناية خاصة في استخدامها، والتي قد يجهل الكثير من العملاء التعامل معها[1].

إلا أن البعض يرى[2] أن البنك لا يلتزم بالإدلاء بالبيانات المتعلقة، باستخدام البطاقة والمخاطر الناجمة عنها في المرحلة السابقة على التعاقد، وإنما بعد إبرام العقد، ويستند إلى أن هذه البيانات ليس لها تأثير في اختيار المتعاقد استعمال البطاقة من عدمه، وإنما تهدف إلى حسن انتفاعه بما تم التعاقد من أجله.

و من جانبنا نرى أن هذه البيانات يجب على البنك الإدلاء بها في المرحلة السابقة على التعاقد، وتأكيدها بعد إبرام العقد[3]، ففي المرحلة السابقة قد يكون لها تأثير كبير على إرادة العميل في التعاقد من عدمه، فقد يتبين للعميل من خلال البيانات التي يقدمها له البنك أن استخدام بطاقة الائتمان محصور على منطقة أو مناطق محددة، وهو ما لم يحقق غرضه من التعاقد، أو أن استخدامها مكلف بالنسبة له، كما قد يكون لدى البنك أكثر من خدمة يضعها بين يدي العميل لاختيار أحدها ليستعمل البطاقة من خلالها، فيختار الخدمة الأكثر سهولة في الاستخدام والأقل مخاطر، وبخصوص تأكيدها بعد التعاقد تجعل البنك يطمئن إلى قدرة العميل على استخدام بطاقة الائتمان الاستخدام الأمثل الذي يضمن أمن النظام الإلكتروني لاستخدام البطاقة وسلامته، بل قد يتطلب في بعض الأحيان قيام موظف البنك

[1]- خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 315، - علاء التميمي، مرجع سابق، ص 505.

[2]- علاء التميمي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[3] إن إعلام العميل باستخدام بطاقة الائتمان في مرحلة السابقة للعقد، لا يكون من الناحية العملية إعلاماً دقيقاً بكافة التفاصيل الدقيقة إذا يكتفي البنك بمد العميل في تكوين رأيه على مجرد معرفة معلومات عامة حول الاستخدام، تاركاً التفاصيل الدقيقة إلى ما بعد أن يضمن موافقة العميل على العقد.

بتعليم المتعاقد أو من ينوب عنه كيفية الاستخدام والقبول الصحيح للبطاقة، خاصة المتعاقد قليل الوعي والخبرة في التعامل مع الوسائل التكنولوجية، ولا يتم ذلك إلا بعد إبرام العقد.

وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (L.121-19)[1] من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي أوجبت على المهني الالتزام بتأكيد المعلومات التي سبق أن أدلى بها في

---

[1] تنص هذه المادة على أنه:

" I.-Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition en temps utile et au plus tard au moment de la livraison :

1° Confirmation des informations mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 121-18 et de celles qui figurant en outre aux articles L. 111-1 : L. 111-2 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1 ،à moins que le professionnel n'ait satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat;

2° Une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation ;

3° L'adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;

4° Les informations relatives au service après vente et aux garanties commerciales;

5° Les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an".

- أشارت إلى ذلك المادة (10/1) من التوجيه الأوروبي حيث جاء فيها:

1. Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès confirmation des informations mentionnées à l'article 4 paragraphe 1 points a) à f) (en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers :à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès.

- En tout état de cause «doivent être fournies:

- une information écrite sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation au sens de l'article 6 y compris les cas visés à l'article 6 paragraphe 3 premier tiret,

- l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations,

- les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants,

- les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an.

المرحلة السابقة على التعاقد، وتتركز تلك البيانات التي نصت عليها المادة سالفة الذكر حول المعلومات المرتبطة بتحديد شخصية أو هوية المهني، ومصاريف التسليم، والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وشروط تحديد مسؤولية المهني، وطريقة تنفيذ العقد، ومدى حق الرجوع عن التعاقد لصالح المستهلك، وكذلك طريقة الدفع. لكن يشترط لتقرير التزام البنك بتأكيد المعلومات السابقة، ألا يكون قد سبق وقام بتأكيد المعلومات للعميل "المستهلك" قبل إبرام العقد[1].

كما يلتزم البنك بإعلام العميل بالمدة والإجراءات التي يستغرقها الدفع؛ لما لهذا الإعلام من أهمية في تحديد قراره قبل التعاقد، كذلك يلتزم بإعلام العميل بالخطوات والإجراءات التي يجب على الأخير إتباعها لإبلاغه عن رغبته في إيقاف العمل بالطاقة.

كذلك يتوجب على البنك أن يوضح للعميل الطرق التي من خلالها يستطيع أن يتسلم رسائل البنك وإشعاراته، وكيف يسجل أي خطأ منها والإجراءات الواجب عليه إتباعها في حالة اكتشاف مثل هذا الخطأ، والمدة التي يكون للعميل خلالها القيام بإخطار البنك، والتي بعد انتهائها يمكن أن يفقد حقه في الإخطار، ومن ثم ضياع حقه.

والتزام البنك بحماية العميل بالإعلام في إطار تقديم خدمات بطاقات الائتمان، لا يقتصر على المرحلة السابقة على التعاقد – كما أسلفنا – وإنما يمتد أيضاً للمراحل اللاحقة عليه بهدف تنوير العميل بآلية تنفيذ العقد، وكذا معاونته في الانتفاع الأمثل بالبطاقة، والوقاية الكاملة من أضرارها، وتجنب كافة مخاطره استعمالها[2].

---

[1]– سيد محمد شعراوي، مرجع سابق، ص 360.

[2]– والتزام البنك بتحذير العميل بمخاطر أدوات استعمال البطاقة لا يقتصر على المرحلة السابقة على العقد – ففي هذه المرحلة يكون محل التحذير مرتبطاً بالمخاطر المتصلة بطبيعة البطاقة وصفاتها الأساسية– بل يمتد إلى مرحلة تنفيذه، ففي هذه المرحلة يكون محل التحذير مرتبطاً بمخاطر استعمالها. المعني نفسه أنظر:

– سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص 50 – عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 222.

فمضمون هذا الالتزام اللاحق يتمحور في تأكيد للمعلومات الأولية ومعلومات جديدة حول كيفية تنفيذ العقد وكيفية تسليم البطاقة، ومخاطر استخدامها، والاحتياطات اللازمة لتفادي تلك المخاطر، وإخطار العميل بكافة العمليات التي صدرت عنه من خلال البطاقة، وكذلك بأن يخطره بأي إيقاف مؤقت للعمل بالبطاقة بغرض إجراء الصيانة لأجهزة قبول البطاقة أو تحديثها[1].

وعلى ضوء ذلك يلتزم البنك بأن يعلم العميل بكل العمليات التي قيدها في حسابه، وأن يمده بالوثائق والمستندات التي تثبت تلك القيود، وذلك من خلال إرسال بيانات دورية – عبر الوسيلة التي اتفق الطرفان إرسالها عبرها – عن حالة حسابه وكل ما يطرأ عليه من جديد، وذلك حتى يستطيع العميل أن يتعرف على حجم العمليات التي قام بها بواسطة البطاقة، ويكتشف العمليات الغير مشروعة في حالة حدثت على حسابه فيبلغ البنك عنها، كما يجب عليه أن يوضح للعميل الحالات التي يمكن له أن يكشف فيها عن سرية البيانات أو المعلومات المتعلقة بحساب العميل أو الخاصة بالعمليات التي قام بها[2]، كما سنرى لاحقاً، بالإضافة إلى التزام البنك بإعلام العميل بالسقف المحدد للاستعمال اليومي والشهري

المطلب الثاني

التزامات البنك المتعلقة بتوزيع البطاقات وتوفير الأجهزة لقبولها

إن استعمال بطاقات الائتمان بشكل كامل يتطلب أن يقوم البنك بمجموعة من الالتزامات، يمكن تلخيصها في قيامه بإصدار البطاقات التي يلتزم بتسليمها إلى العملاء وتفعيله، وفي نفس الوقت يلتزم البنك بتوزيع الآلات والمعدات على التجار المتعاقد معهم من

---

[1]– سيد محمد شعراوي، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوقي جامعة عين شمس، 2010 م، ص 364

[2] –علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 506.

أجل استعمالها في قبول التعامل ببطاقات الائتمان، وعليه فسيتم دراسة الالتزامات السابقة وفقا لما يلي:

الفرع الأول: التزام البنك بتوزيع بطاقات الائتمان على العملاء

إن الهدف من إبرام عقد الحامل بين البنك وعميله هو الحصول على بطاقة الائتمان واستعمالها بشكل عادي، وعليه فيترتب التزام على المصدر بأن يصدر له بطاقة خاصة به ويقوم بتسليمه إياها ليتمكن من استخدامها وذلك وفقا لما يلي:

أولا/ إصدار البطاقة.

يلتزم البنك بتسليم البطاقة للحامل بعد التعاقد معه[1]،ويجب أن تتضمن البطاقة مجموعة من البيانات الإلزامية من اسم الحامل ولقبه وتاريخ انتهاء الصلاحية، واسم البنك الذي أصدرها ونوع البطاقة ورقمها[2]، وعلاوة على ما سبق تشتمل البطاقة على بعض المعلومات السرية التي لا يعرفها إلا الحامل والبنك مثل الرقم السري و الحد الأقصى المسموح للاستعمال اليومي والشهري فيما يتعلق بالسحب أو الدفع، ويقع على البنك ضمن التزامه بإصدار البطاقة ، التنسيق مع الهيئة الراعية للبطاقة بشأن تعميم رقم البطاقة للاستخدام الدولي، ويقوم بهذه المهمة النظام البرمجي للبنك حيث يتم إدراجها ضمن البطاقات المقبولة دوليا عند إصدارها، ويتم مراعاة أن تكون البطاقة مصنوعة بشكل جيد ومتقن وغير قابل للتلف في الخواص الظاهرية لها، هذا بالإضافة إلى ضرورة توضيح اسم البنك المصدر والهيئة الراعية للبطاقة لتكون بارزة وسهلة التعرف عليها.

---

[1]– محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق ، ص 674.

[2]– عبد الحكيم احمد محمد عثمان ، مرجع سابق ، ص 94.

ويتم إصدار البطاقة وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد من حيث خصائصها وحجم الخدمات التي تمنحها لحاملها ونطاقها، من أجل تمكينه من استعمالها في شراء السلع والحصول على الخدمات من الجهات التي قبلت التعامل بها[1].

ثانيا/ طرق تسليم البطاقة للحامل.

تنص المادة 37 من التوجيه الأوروبي رقم 64 لسنة 2007 بشأن خدمات الوفاء والسداد على مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتق البنك بخصوص بطاقات الائتمان فقد ورد فيها ما يلي:

"يلتزم متعهد الوفاء بتسليم أداة الوفاء وفقا للالتزامات التالية:

- –أن يضمن أمان الرقم السري لكل أداة وفاء من حيث عدم إمكانية اطلاع الغير عليه.
- –أن يمتنع عن إرسال أي أداة وفاء غير مطلوبة إلا في حالة فقد صلاحيتها.
- –أن يحرص على فعالية أداة الوفاء في كل وقت[2].

ومن استقراء النص السابق يمكن الوقوف على أنه يمنع على المصدر الإرسال الجبري لبطاقة الائتمان دون أن تكون محل طلب مسبق من العميل وذلك على أساس أن الراغب من الاستفادة من الخدمة يقوم بتقديم طلب بذلك للبنك[3] وفقا لما تم التطرق إليه فيما سبق، حيث أن البنوك لا يجب أن تفرض خدماتها على العملاء وبالخصوص ما تعلق بها ببطاقات الائتمان، غير أنه وفي بعض الأحيان يقوم البنك بتسليم هذه البطاقات وعرض خدماته على بعض العملاء المميزين، وحيث أن عقود بطاقات الائتمان من العقود الرضائية

---

[1]– علي محمد حسين موسى ، مقال بعنوان:" البطاقات المصرفية تعريفها و أنواعها و طبيعتها" ، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الخامس، 2003 ، ص 2001.

[2]– علي محمد حسين موسى، مرجع سابق، ص 77.

[3]– محمد بشير محمد حامد، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق بعنوان:"الحماية المدنية لبطاقة الائتمان"،كلية الحقوق، جامعة المنصورة مصر، 2015 ، ص 76.

، فيحق للعميل الرفض أو القبول، على ان يتم إبلاغ البنك بالقبول أو الرفض، وتجدر الإشارة في هذه النقطة أن البنك غالبا ما يقوم بهذا العمل ومع بعض عملائه فقط.

وتتفق النصوص السابقة مع ما يجري عليه العمل في معظم البنوك المقدمة لخدمة بطاقات الائتمان[1] ، حيث تحرص البنوك على تسليم البطاقات لعملائها الراغبين في الاستفادة من الخدمات التي تمنحها بطاقات الائتمان فقط، ويتم ذلك من داخل ذات البنك أو أحد فروعه حسب ما تم الاتفاق عليه بين البنك والعميل، ويوقع العميل باستلامه للبطاقة ، كما يمكن أن يقوم البنك بإرسال البطاقة للعميل بخطاب موصى عليه بالاستلام، على أن أرسلها بالبريد العادي يرتب مسؤولية البنك في حالة فقدانها أو استعمالها من طرف الغير[2] ،وهذا ما سيتم توضيحه في الآتي:

1/ تسليم البطاقة للحامل من داخل البنك.

يقوم العميل باستلام بطاقته من قبل فرع البنك المبرم معه العقد، وذلك بعد استلام العميل لنموذج مكون من ورقتين: الأولى تتضمن الرقم السري للحامل والثانية تستخدم كإخطار يوقع عليه الحامل داخل البنك مثبتا استلامه للبطاقة، وهذه الورقة تبقى في حيازة البنك، في حين يحتفظ العميل بالورقة الأولى المنطوية على الرقم السري في حيازته[3].

2/ إرسال البطاقة للحامل بالبريد.

قد يقوم المصدر بإرسال البطاقة إلى العميل عن طريق البريد، وذلك في حال الاتفاق على أن تسليم البطاقة والرقم السري يكون بالإرسال بالبريد، وفي هذه الحالة ولاعتبارات

---

[1]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 574.

[2]– عبد الحكيم احمد محمد عثمان، مرجع سابق ، ص 328.

[3]–عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق ، ص 576.

الحيطة والحذر يتوجب على البنك إرسالهما برسالتين موصى عليهما، وذلك تجنبا للاستعمال غير المشروع للبطاقة إذا وقع أحد الظرفين في يد الغير[1].

وإذا تم الإرسال بخطاب عادي، فإن ذلك يؤدي إلى تحمل البنك لمخاطر سرقة أو فقد البطاقة، وبذلك يعد مرتكبا للخطأ المتمثل في عدم الحيطة والحذر ومن ثمة يلتزم بجبر الضرر الصادر من الغير[2].

إن إصدار البطاقة المتفق عليها وتسليمها للحامل لا يكفي وحده لكي يتمكن هذا الأخير من استعمالها، بل يجب أن يقوم البنك بتفعيلها وهو الأمر الذي لا يقوم به البنك في العادة إلا بعد التأكد من أن البطاقة في يد حاملها الشرعي، غير أنه وفي بعض الحالات يتم الاتفاق أثناء التعاقد على تفعيل البطاقة مباشرة بعد مدة من إصدارها أو بعد مدة من الاستلام وذلك من أجل تأكد البنك من أن البطاقة في يد حاملها الشرعي، وعدم تمكين الغير من استعمالها قبل وصولها إلى حاملها.

الفرع الثاني: التزام البنك بتوفير الأجهزة الخاصة باستعمال بطاقات الائتمان

إن العقود التي يبرمها البنك مع عملائه ترتب مباشرة في ذمته مسألة تأمين أو توفير نظام كلي لتسهيل عمليه استعمال الحامل للبطاقة التي تسلمها من البنك، إن هذا الالتزام قد يتطلب من هذا الأخير تخصيص قسم كامل تكون مهمته الوفاء بهذا الإلزام حيث يقوم هذا القسم بمجموعه من الأعمال تمثل في توفير الآلات لاستخدام بطاقات الائتمان والشرائط الورقية الخاصة بها و آلات البيع اليدوية وشعارات ومواد الدعاية والإعلام[3]، وخدمات متنوعة أخرى سنعرضها في أربع نقاط[4] هي: توفير الآلات لاستخدام بطاقات الائتمان –

---

[1]– خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق ، ص 145.

[2]– صونية مقري ، مرجع سابق ، ص 231.

[3]- نبيل محمد أحمد صبيح، مرجع سابق، ص 262.

[4]- كيلاني عبد الراضي محمود، مرجع سابق، ص 394.

تقديم الفواتير – تقديم وسائل الإعلان والدعاية – إنشاء مركز الإذن وتقديم الخدمات التلفونية.

أولاً/ توفير الآلات لاستخدام بطاقات الائتمان

تعد هذه الأجهزة والآلات اللازمة لتمكين الحامل من استعمال بطاقة الائتمان الخاصة به من الأمور الضرورية التي يلتزم البنك بتوفيرها على اعتبار أن هذه الأجهزة حكراً على البنوك غير متوفرة في الأسواق، وتختلف هذه الآلات بحسب التكنولوجيا المستعملة والمعتمدة في عملية الوفاء فهناك آلات وفاء تقليدية وهناك آلات وفاء حديثة، يترتب عن هذا الاختلاف اختلاف الالتزامات الناشئة عن استعمال كل نوع من الآلات، وذلك وفقاً لما يلي:

1/ آلات الوفاء التقليدية: تتمثل آلات الوفاء التقليدية في آلة الطباعة اليدوية، والتي يقوم البنك بمنحها للتاجر على أن يتكفل التاجر بالمحافظة عليها بحيث أن ملكيتها تبقى للبنك في حالة الضياع أو الإتلاف المعتمد فإن التاجر يتحمل تكاليف إصلاحها أو دفع ثمنها[1].

هذا بالإضافة إلى جهاز الشاهد والذي يلتزم البنك بمنحه للتجار، ويقوم الشاهد بكشف الرقم السري للبطاقة، ولا يتم تقديم هذا الجهاز بالمجان بل يكون ذلك عن طريق البيع أو التأجير على أن يتم اقتطاع ثمن البيع أو الإيجار من حساب التاجر وبشكل دوري أو دفعة واحدة وفقا لما تم الاتفاق عليه ، والملاحظ أن هذه الآلات التقليدية قل استخدامها مؤخرا في الدول المتقدمة نظرا لتطور التكنولوجية في هذا المجال[2].

---

[1]– فقد نصت المادة 6/2 من عقد التاجر الصادر عن البنك الأهلي المصري في هذا الصدد على أن الآلات المسلمة إليه أمانة لديه، ويتعهد بسداد قيمتها في حالة فقدها أو إتلافها بالعمد، وللبنك أن يحدد قيمتها طبقاً لسعر استخدامها.

[2]– كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 397.

2/ آلات الوفاء الحديثة: هذه الآلات الإلكترونية الحديثة إما يعيرها البنك للتاجر أو يؤجرها له ، وتقوم هذه الآلات الحديثة بتأمين جميع الإجراءات اللازمة لإتمام عملية الوفاء، من تسجيل للعملية والتأكد من الرقم السري، والتأكد من أن قيمة السلع أو الخدمة المقدمة لم تتجاوز قيمة الحد الأقصى لاستعمال البطاقة والحصول على الإذن إذا تطلب الأمر ذلك[1].

ثانياً/ تقديم الفواتير

ومن جملة الأمور التي تدخل في إطار التزام البنك بتقديم الوسائل اللازمة لاستعمال بطاقات الائتمان الفواتير التي يقدمها البنك وفقا لنموذج معين وهي عبارة عن أوراق كربونية، يقوم التاجر بتسجيل الأولى فتنسخ على باقي النسخ، يحتفظ التاجر بنسخة ويمنح نسخة منها لحامل البطاقة ويمنح الثالثة إلى البنك لتسوية العملية ولا يكون البنك مسئولاً عن العمليات التي تتم باستعمال البطاقة وتسجل في فواتير غير التي التزم بتقديمها للتاجر، فالتاجر هنا ملزم بالفواتير التي قدمها له البنك، هذا بالنسبة للتجار المزودين بآلات الوفاء التقليدية، أما بالنسبة للتجار المزودين بآلات الوفاء الحديثة فالفواتير تكون في شكل شريط ورقي يوضع داخل الآلة ويطبع عليه الفاتورة بشكل مباشر عند الاستعمال الصحيح للبطاقة.

ثالثاً/ وسائل الدعاية والإعلام

علاوة على ما تقدم يلتزم مصدر البطاقة بالإعلان عن البطاقة التي يصدرها ليتعرف عليها الجمهور ويعرف ما تقدمه من مزايا وتسهيلات لدى عدد كبير من التجار.

وبالرغم من أن الإعلان للبطاقة يحقق من المزايا ما يعود على البنك والتاجر معاً إلى أن العرف المصرفي قد جرى أن يقع هذا الالتزام على عاتق البنك وحده، لتمتعه بقدرات

[1]- فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 123.

وموارد مالية وبشرية تمكنه من ذلك[1]، إلا في حالة وجود شرط يلقي بهذا الالتزام أو جزء منه على عاتق التاجر في العقد[2].

وتتعدد الأساليب الدعائية والإشهارية التي يتم اعتمادها ومنها على سبيل المثال قنوات البث المرئي والمسموع والحملات التحسيسية، وكذلك النشرات الدعائية الورقية، والشعارات وللافتات والملصقات الورقية التي يتم وضعها في مدخل المحالات التجارية[3]، وبصورة عامة كل أنواع الإشهار والدعاية المعروفة في الحقل التجاري.

رابعاً/ مركز الإذن

من بين الالتزامات التي تقع على عاتق التاجر حصوله على الإذن في حالة ما إذا تجاوزت قيمة العملية المنفذة بواسطة البطاقة عن طريق الحامل الحد الأقصى المضمون لاستعمالها، لذلك يقع على البنك توفير مركز للإذن، يقوم هذا المركز بالسماح للحامل بتجاوز قيمة الحد الأقصى المضمون في تعامله، ويتمثل هذا الإذن في رقم معين يمنحه هذا المركز للتاجر، والذي يقوم بتدوينه على الفاتورة من أجل إثبات قيامه بالحصول على الإذن[4].

وفي حالة إذا كان التاجر يعتمد في قبوله لبطاقة الائتمان على الأجهزة الإلكترونية الحديثة، فإنها تكون موصولة مباشرة مع مركز الإذن، حيث يكون الاتصال مباشر بين الجهاز ومركز الإذن، والملاحظ أنه إذا حدث عطل في الأجهزة والآلات الخاصة بعملية الوفاء، فإن الحصول على الإذن يكون إجبارياً حتى وإن لم تتجاوز قيمة الفاتورة الحد

[1]- قيس عنيزان محمد الشرايري، الحماية القانونية لبطاقة الائتمان رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة 2000، ص 178.
[2]- فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 222.
[3]- محمد توفيق سعودي، بطاقات الائتمان والأسس القانونية للعلاقات الناشئة عن استخدامها، دار الأمين للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص 92.
[4]- كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص399.

الأقصى المضمونة[1] ، وفي حالة عدم قيام التاجر بهذا وإخلاله بالالتزام فإنه يفقد حقه في الوفاء من قبل البنك، ويبقى له الحق بالمطالبة به في حالة التحصيل .

و في سبيل إطلاع التاجر عن سير عملية استعمال البطاقة يضع البنك تحت تصرف التاجر خدمات إعلامية تتمثل في مركز إعلامي، يقوم بإعلام التاجر أول بأول عن البطاقات الواردة في قائمة المعارضة، أو يقوم بالإجابة على أي سؤال وحل أي إشكال يتعلق بكيفية قبول التاجر لبطاقة الائتمان.

ولأن البنك مهني محترف في ممارسة نشاطاته السابقة أمام التاجر قابل البطاقة، فلا يشترط لقيام البنوك بالتزاماتها ومسؤولياتها التي يقع عليها عبء تنفيذها تجاه التجار قابلي البطاقة في هذا النظام ضرورة النص عليها صراحة في العقود المبرمة بينهما، وإنما تفرضها طبيعة إدارة البنك لعمليات نظام بطاقة الائتمان و التكنولوجيا الحديثة اللازمة لحسن سير هذه العمليات[2].

المطلب الثالث

التزامات البنك المرتبطة باستخدام النظام الإلكتروني

فرضت الأنظمة المعلوماتية المتطورة على البنوك في سبيل استفادتها من الفوائد والمزايا التي تعود عليها من جراء استخدامها في القيام بعملياتها اليومية عموماً، والبطاقات الالكترونية على وجه خاص، العديد من الالتزامات التي يتوجب على البنك القيام بها، حيث يلتزم بضمان سلامة النظام الإلكتروني لإجراء التحويلات المالية " فرع أول"، وأن يتخذ كافة التدابير والإجراءات اللازمة في حالة تم استعمال البطاقة بطريقة غير مشروعة" فرع ثان".

---

[1]- كيلاني عبد الراضي محمود، المرجع نفسه، ص399.

[2]- قيس عينزان محمد الشرايري، مرجع سابق، ص186.

الفرع الأول: التزام البنك بسلامة النظام الإلكتروني

إن التزام البنك بسلامة النظام الذي تتم من خلاله استعمال بطاقات الائتمان، من أهم الالتزامات الملقاة على عاتقه تجاه عملائه، ويعني ذلك أن يكون هذا النظام الإلكتروني سليماً وقادراً على معالجة وتنفيذ أوامر العملاء وتعليماتهم بشكل صحيح ومنتظم وآمن، وأن يكون لدى هذا النظام القدرة على إصدار أوامر تُوقف في حالة الاستخدام غير مشروع، وذلك من خلال تزويده بتقنية تحديد هوية المستخدم كذلك توفير الأجهزة والبرامج التي توقف التعامل مع البطاقة المبلغ بفقدها أو سرقتها، ويتطلب ذلك من البنك أن يبذل الكثير من الجهد والمال، مع ما يستلزمه ذلك من إمكانات بشرية ومادية وتقنية ذات كفاءة عالية في الحد من وقوع أخطاء في أثناء التنفيذ، لكن توفير البنك لمختلف الوسائل التي من شأنها أن تحمى النظام الإلكتروني المستخدم، قد لا يمنع وقوع بعض الأخطاء الفنية[1].

وهذا ما يدعونا إلى التساؤل حول طبيعة التزام البنك بسلامة النظام الإلكتروني الذي يستخدمه العميل في بطاقة الائتمان، فهل يلتزم البنك بوضع نظام سليم وآمن بشكل كلي فيضمن بذلك أي ضرر يقع لعميلة نتيجة قصور في هذا النظام، أم أن مجرد بذل العناية في ذلك يكون كافياً ؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من الإشارة إلى أن معظم العقود المبرمة بين البنك وعملائه فيما يتعلق باستعمال بطاقات الائتمان وقبولها تتضمن شروطاً يعتبر البنك

[1] يمكن القول: إنه يستحيل وجود نظام الإلكتروني سليم ودقيق بشكل كامل؛ نظراً لتشعب الشبكات التي تقوم عليها تلك الأنظمة، بحيث إن أي ضعف في أحد أطرافها يمكن أن يشكل خطراً على النظام ككل، لهذا فإنه يجب النظر إلى أنظمة الحماية بصورة شاملة من مختلف جوانبها.

لمزيد من التفصيل أنظر:

François Grua, Contrats Bancaires, Econiomoca, 1990, p. 183.

– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 69، – شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني للنقود،دار الجامعة الجديدة، مصر،41.

نفسه بموجبها غير مسؤول عن أي ضرر يقع لعميله نتيجة قصور النظام الإلكتروني المستخدم[1]، سواء كانت هذه الأضرار نتيجة لأحد الأعطال الفنية والتقنية بالأجهزة التي يضعها البنك رهن إشارة عملائه، أو ناتجة عن وصول الغير إلى حساب العميل.

وبذلك يرى البعض[2] أن البنك ملزم بوضع نظام إلكتروني سليم وجيد يضمن مستوي عالياً من الأمان، فإذا أصيب العميل بأضرار من جراء فشل هذا النظام، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بضمان السلامة، مما يستوجب مسؤوليته " التعاقدية، وبالتالي فإن التزامه بسلامة النظام الإلكتروني هو التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية، وذلك أن البنك هو الذي يقوم بوضع هذا النظام، وهو الذي يتولى السيطرة والرقابة علية مما يجعله مسؤولاً عن سلامته.

فالبنك وفقاً لهذا التوجه يقع على عاتقه تقديم الدليل، على دقة النظام الإلكتروني الذي وضعه تحت تصرف العملاء لاستعمال بطاقات الائتمان بواسطته، في حالة ما إذا لحق العميل أي ضرر نتيجة استخدامه لذلك النظام الإلكتروني، وذلك بإثبات أن ذلك الضرر ليس ناتجاً من قصور في النظام الإلكتروني الذي وضعة وإنما نتيجة إهمال العميل في الحفاظ على البطاقة ورقمها السري، أو في عدم احترام إجراءات قبول البطاقة، وبالتالي فإن الشروط التعاقدية التي تحدد مسؤولية البنك وفقاً لهذا التوجه غير سليمة وغير عادلة؛ لاستحالة قيام العميل بإثبات صدور الخطأ من قبل البنك، فهذا الدليل بين يدي البنك، أو

---

[1] في ذلك ينص البند(4) من شروط وأحكام عقد إصدار واستخدام بطاقة البنك الأهلي المصري ، على أنه " يقوم البنك بقيد أي مبالغ تسحب عن طريق الصراف الآلي مباشرة، ويكون حامل البطاقة مسؤولاً عن كافة العمليات التي تتم باستخدام البطاقة، وكل القيود التي يقوم بها البنك مقابل هذه العمليات تعتبر صحيحة ونهائية وملزمة ".

[2]-Michel Jeantin, Paul Le Cannu Thierry Granier, Richard Routier, op.cit. p.240.

- محمود أبو فروة، مرجع سابق ، ص 40،41، د/علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص 512.

بالأدق داخل ذاكرة الحاسب الآلي الذي يديره هو، مما يكون من الصعب على العميل الحصول عليه لاحتكار البنك لتلك الأجهزة التي تحتوي على الدليل.

وقد أيد هذا التوجه بعض أحكام القضاء الفرنسي، واعتبر أن البنك يلتزم في مواجهة عملائه بوضع نظام سليم وآمن خالي من العيوب بشكل يمنع بموجبه أي استعمال غير مشروع، وفي حالة النزاع حول إحدى العمليات التي تمت باستخدام البطاقة فإن البنك هو الملزم بإثبات عدم حصول أي خلل أو قصور في الأجهزة أدى إلى إيقاع الضرر بالعميل، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2 أكتوبر 2007م أنه " يجب على المؤسسة المصرفية التأكد من أن ماكينة الصراف الآلي تعمل بطريقة سليمة وآمنة، . وعليه فإن استخدام الغير للرقم السري لا يعتبر قرينة على وقوع خطأ من العميل، وإنما يجب على المصدر إثبات أن حيازة الغير للرقم السري للبطاقة يرتبط بوقوع خطأ من جانب العميل، كاطلاع الغير على الرقم السري أو وجوده في المكان نفسه الذي توجد به البطاقة نفسها..."[1].

كما جاء في قرار المحكمة استئناف باريس ما يلي: " ... ليس من المستبعد أن يحتوي جهاز الصراف الآلي على أي خلل أو نقص في نظام الأمان والسلامة المخصص للزبون، فذلك قد يكون السبب وراء تمكن السارق من تشغيل الآلة والوصول لحساب الزبون"[2]. وقد صدر هذا الحكم بمناسبة الدعوى التي رفعها أحد العملاء ضد البنك مطالباً إياه بدفع المبالغ التي تم سرقتها من حسابه عن طريق شخص أجنبي مستعيناً ببطاقة العميل التي سرقت، ورفضت المحكمة الحجة المقدمة من البنك والمتمثلة في أن العميل أهمل في حراسة البطاقة الخاصة به، مما مكن السارق من تشغيل جهاز السحب النقدي الآلي، وشددت المحكمة على واجب البنك بوضع نظام قادر على كشف الغش وإبطاله.

1- Cass.com,2 oct 2007,DTR com .n 4\2007.

2- Chrisian Gavalda et Jean Stoufflet, Droit Bancaire, Litec, 4éme édition,1999, p388.

وقد انتقد بعض الفقه[1] هذا التوجه القضائي على أساس أن التشكيك في كفاءة النظام الإلكتروني الذي يضعه البنك من شأنه إضعاف الثقة فيه، فافتراض عدم كفاءته، من شأنه أن يحمل البنك عبئاً ثقيلاً لدحض هذه القرينة، بإثبات خطأ العميل الذي أدى إلى وقوع الضرر له، وهو ما يستحيل على البنك فعله من الناحية العملية، لأنه يصعب مراقبة جميع تصرفات العميل وأفعاله التي يقوم بها بعيداً عن أعين البنك .

وبذلك يري أصحاب هذا الانتقاد أن البنك ليس إلا مجرد مقدّم خدمات ليس أكثر، وأن التزامه بسلامة النظام الإلكتروني التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإن شروط الاتفاق المبرم بين العميل والبنك في تحديد مسؤولية الأخير تعتبر شروطاً صحيحة وسليمة من الناحية القانونية بمجرد إعطاء العميل موافقته عليها عند توقيعه على العقد الذي يربطه بالبنك، وأنه من غير العدل أن نطلب منه أكثر من بذل العناية والحرص المطلوبين من مقدمي الخدمات العاديين، الأمر الذي يلتزم معه العميل وفقاً لهذا الرأي بإثبات أي ضرر يقع له نتيجة قصور نظام البنك الإلكتروني[2].

فالأصل وفقاً لهذا التوجه الأخير هو سلامة وأمان النظام الإلكتروني الذي يضعه البنك تحت رهن إشارة عملائه عند استعمال بطاقات الائتمان، وعلى العميل أن يثبت عكس ذلك.

إلا أن هناك اتجاها آخر[3] يرى أن هذا الالتزام ذو طبيعة خاصة، فهو أكثر من مجرد التزم ببذل عناية، وأقل من أن يكون التزام بتحقيق نتيجة، ويبرر رأيه في اعتبار هذا الالتزام

---

[1] – كيلاني عبد الراضي، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 192 – جميل عبد الباقي، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة – دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 197.

[2] – كيلاني عبد الراضي، المرجع السابق، ص 194– جميل عبد الباقي، المرجع السابق، 198.

[3] – جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك الالكتروني من عيوب المنتجات الصناعية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، المنعقد في الفترة من 9 – 11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق به 10–12 مايو 2003م، المجلد الخامس، ص 2224.

أكثر من مجرد بذل عناية، بأن مسؤولية المهني "البنك" لا تستوجب لقيامها صدور خطأ أو إهمال في جانبه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن المهني الملتزم بضمان السلامة لا يمكنه التخلص من المسؤولية بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة للحيلولة دون وجود عيب في النظام الإلكتروني.

كما يبرر هذا الرأي في اعتبار طبيعة التزام المهني البنك بضمان السلامة أقل من أن يكون التزام بتحقيق نتيجة، بأنه لا يكفي لإقامة مسؤولية المهني البنك إثبات أن المستهلك قد لحقه ضرر، بل يتعين إقامة الدليل على إن ذلك الضرر راجع إلى خلل أو عيب في الخدمة أو النظام الالكتروني الذي يقدمه البنك المهني.

وفيما يتعلق بإثبات الضرر الذي يلحق العميل المستهلك – يرى أصحاب هذا الاتجاه – بأن هذا الضرر يجب افتراض حدوثه نتيجة عيب أو خلل في النظام إلكتروني، ولكن هذه القرينة البسيطة يجوز للمهني "البنك" التخلص منها بإثبات أن الخلل – بفرض وجوده – لم يكن له أي دور في حصول الضرر الذي يرجع إلى السبب الأجنبي.

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الأول، لأن إعفاء البنك من عبء أثبات كفاءة النظام إلكتروني الذي وضعة وتحميل العميل بذلك لا يحقق العدالة في شيء، فإذا كان يصعب على البنك إثبات صدور خطأ من طرف العميل، فأنه يستحيل على هذا الأخير إثبات صدور الخطأ من طرف البنك نظراً للطابع التقني والفني المعقد لأجهزة البنك، ولاحتكاره وسائل الإثبات بشأن العمليات التي تتم باستخدامها.

لذا يقتضي التزام البنك بسلامة النظام الإلكتروني أن يوضع نظام آمن وسليم وأن يضمن سلامة ذلك النظام، وفي حالة حدوث أي ضرر للعميل يقع على عاتق البنك أن يثبت أن ذلك الضرر لم يحدث نتيجة قصور في النظام إلكتروني وإنما راجع إلى خطأ العميل وإهماله، وهذا ما جعل القضاء الفرنسي يعود إلى نهجه الأول، ويتبني هذا الاتجاه والذي يفرض على البنك التزماً عاماً بسلامة وأمان النظام الإلكتروني الذي يضعه، ففي حكم

لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 8 أكتوبر عام 1991م أكدت بمسؤولة البنك عن سحب أموال من حساب أحد العملاء بشكل غير مشروع لعدم استخدام البنك لوسائل تمكن من أبطال السحب غير المشروع فقد جاء في حكمها بأنه " لا يكفي في هذا الصدد أن يتخذ البنك وسائل الأمان والسلامة المناسبة، فالتزامه التزام بتحقيق نتيجة لا بذل عناية..."[1].

كذلك الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي، فبرغم أنه لم ينص صراحة في قانون النقد والمالية على تحمل البنك لجميع مخاطر النظام الإلكتروني الذي يستخدمه في تقديم خدمات بطاقات الائتمان من خلال اعتبار التزامه بسلامة هذا النظام التزاماً بتحقيق نتيجة بشكل صريح، إلا أنه كذلك لم يفترض سلامة هذا النظام وخلوه من العيوب، وأوجب على البنك في المادة (L133–23)[2] أن يثبت عدم تأثر القيود الواردة على حساب العميل بأي خلل في النظام المستخدم في كل حالة يدعي فيها الأخير وجود قيد غير مشروع على حسابه.

والحقيقة أن المشرع الفرنسي بذلك راعى مركز العميل في علاقته مع البنك، واستحالة إثباته للضرر الذي يلحقه نتيجة لأحد الأخطاء الفنية في النظام الإلكتروني للبنك، لعدم قدرته على الولوج إلى ذلك النظام، لاحتكار البنك له، فحاول إيجاد نوع من التوازن في العلاقة الرابطة بين البنك وعميله، فلا يتحمل العميل عبء وجود خلل في النظام الالكتروني الذي يضعه البنك، وإنما يحمل البنك عبء إثبات عدم وجود هذا الخلل وفي الوقت نفسه يراعى الطابع التقني المعقد للعمليات الإلكترونية، فلا يطلب من البنك إثبات صدور أي

---

[1]– شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مرجع سابق، ص48.

[2] جاء في هذه المادة :

" Lorsqu'un utilisateur de services de paiement nie avoir autorisé une opération de paiement qui a été exécutée ou affirme que l'opération de paiement n'a pas été exécutée correctement il incombe à son prestataire de services de paiement de prouver que l'opération en question a été authentifiée dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre."

خطأ من طرف العميل للتحلل من مسؤوليته في ذلك، وإنما يطلب منه وفقط بإثبات عدم تعرض أجهزته لأي خلل ما.

إلا أن البعض من الفقهاء المصريين[1] يرى بأن هذا الأساس يجد سنده في القواعد العامة خصوصاً مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، حيث تنص المادة (147)[2] من القانون المدني المصري على أنه " 1 – يجب أن ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية ...".

وهذا المبدأ يقتضي قيام المدين بتنفيذ التزاماته على الوجه الذي يحقق للدائن الانتفاع من العقد والاستفادة منه على أكمل وجه، ووفقاً لهذا المبدأ فإن البنك لا يستطيع أن يقدم خدمات بطاقات الائتمان دون أن يكون قادراً على ضمان أمن النظام الإلكتروني الذي وضعه تحت رهن إشارة عملائه، من خلال انتقاء أفضل أنواع البرامج والأجهزة التي تمنع وقوع أي ضرر يلحق العميل من جراء استخدام ذلك النظام .

إلا أن البعض[3] انتقد هذا الرأي، على أساس أن الهدف من قواعد حسن النية في تنفيذ العقود ليس استحداث التزام في ذمة المتعاقد، بل هدفها هو تفسير إرادة المتعاقدين بطريقة تتفق مع مبادئ العدالة وحسن النية، وأنه لا يمكن افتراض التزام البنك بسلامة النظام الإلكتروني ما لم يعبر المتعاقد عن إرادته بذلك صراحة أو ضمناً في العقد.

و هناك رأياً آخر[4] ينتقد هذا التوجه الأخير، على أساس أن مبدأ "حسن النية" هو مبدأ عام يشمل تفسير العقد وتنفيذه، فالتفسير يقوم به القاضي لاستخلاص النية المشتركة

---

[1]– محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 95، – عزة محمود خليل، مرجع سابق، ص 174.

[2]– تقابلها المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

[3]– نوري حمدي خاطر، مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، المنعقد في الفترة من 9–11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق 10–12 مايو 2003م المجلد الرابع، ص 1807.

[4]– محمود أبو فروة، مرجع سابق ، ص 137.

للمتعاقدين بعد أن يقوم بتحديد نطاقه، ثم يلتزم الطرفان بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه – والمشتملات يعرفها القاضي عند تفسيره للعقد وتحديده لنطاقه- ويكون التنفيذ وفقاً لمبدأ حسن النية، حيث يكون للقاضي مراقبة مدى توخي طرفي العقد لحسن النية عند تنفيذهما للعقد المبرم بينهما، وذلك بعد أن يقوم بتفسيره وتحديد نطاقه، وبالتالي فإن هذا الرأي يتجه الى أنه يمكن الاعتماد على هذا المبدأ لاستخلاص وجود التزام على عاتق البنك بضمان سلامة النظام الإلكتروني في اعتماده لخدمة بطاقات الائتمان، بحيث إذا قصر في تنفيذ هذا الالتزام الذي يفرضه عليه مبدأ حسن النية ولحق عميله ضرر نتيجة قصور أو خلل في النظام الإلكتروني فإنه يتحمل المسؤولية القانونية عن تلك الأضرار.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأي الأخير، فمبدأ حسن النية هو مبدأ عام يحكم العقود كافة، سواء فيما يتعلق بمضمونها أو فيما يتعلق بكيفية تنفيذها، وهو يتعلق بكافة مراحل العقد ابتداء من إنشائه، وصولاً إلى تنفيذه، وقد نصت على هذا المبدأ معظم التشريعات المدنية .

لذا فإنه يمكن الاعتماد عليه في تقرير التزام البنك بضمان سلامة النظام الإلكتروني، في حالة عدم النص على هذا الالتزام في العقد الرابط بين البنك والعميل، أو في حالة عدم تنظيم هذا الالتزام في إطار تشريع ينظم استعمال بطاقات الائتمان.

فهذا المبدأ يوجب على البنك أن يضع نظاماً إلكترونيًا سليماً وآمناً خالياً من أي خطأ أو قصور في كفاءته، ويجرى عليه العديد من الاختبارات قبل أن يباشر عليه العمل مع الجمهور، للتأكد من خلوه من أية عيوب فنية أو تقنية في التصميم، والتي قد تلحق فيما بعد أضراراً فادحة بالمتعاملين مع هذا النظام، كما يفرض مبدأ حسن النية على البنك أن يدقق في اختيار تابعيه من ذوي الكفاءة، وممن يتحلون بالصدق والخبرة العالية، وأن يقوم بمراقبتهم بدقة من خلال توفير نظم مراقبة حديثة ومتطورة، وأن يتعرف على جميع الأشخاص الذين يرتادون مكاتبه، حتى لا يستولي أي مجرم معلوماتي على أجهزة الكمبيوتر التابعة للبنك،

وأن يستعين ببرامج معلوماتية يستطيع من خلالها التفطن لكل من يقوم بالتجسس على حسابات العملاء، وعليه أن يتحكم في نظام تأمين الدخول إلى نظم الحاسب الآلي وقاعدة البيانات، بحيث لا يستطيع المستخدم الدخول إلى نظام الحاسوب إلا بعد أن يتعرف الحاسوب على شخصيته ويتحقق منها.

لكن السؤال هنا هو: هل البنك ملزم بضمان سلامة النظام الإلكتروني إذا لم يقع تحت سيطرته الفعلية، كما في حالة استعمال بطاقة الائتمان الذي يتم عبر شبكات الإنترنت العالمية التي لا يكون للبنك أي سلطة فعلية عليها، أو الذي يتم من خلال الهاتف الذكي، وغيرها من الأجهزة والبرامج التي تشرف عليها وتديرها جهات أخرى غير البنك.

يرى بعض الفقه[1]، أن البنك غير ملتزم بضمان سلامة النظام الذي يعتمد على شبكات وأجهزة وبرامج تقع خارج سلطته الفعلية، وبالتالي فإن أي ضرر يحصل للعميل نتيجة لعيب أو خطأ في ذلك النظام الإلكتروني لا يتحمل البنك المسؤولية على أساس أنه أخل بالتزامه بضمان سلامة ذلك النظام ما دام أنه يقع خارج سلطته الفعلية، بل ذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك، فاعتبر أن البنك غير ملتزم بضمان سلامة النظام الإلكتروني، حتى لو كان يدار بواسطته، إذا كان الضرر الذي لحق للعميل ناتجاً عن خطأ في تصميم النظام الإلكتروني ذاته من قبل شركة البرمجيات التي استعان بها البنك في إعداد برنامج النظام، والتي لا يكون للبنك أي سلطة فعلية على تلك الشركة عند تصميمها لذلك النظام إلكتروني.

إلا أن البعض[2] يرى – وهو ما نؤيده – أن البنك مسؤولا عن النظام الإلكتروني الذي يمتلك السلطة القانونية عليه، فحتى ولو لم يصنع بنفسه هذا الأنظمة، ولا ينفذ بنفسه البرامج التي يعمل بها، وإنما يتعاقد مع إحدى الشركات المتخصصة في هذا المجال لتوريد هذه الأنظمة بما فيها من برامج تنفيذية بالمواصفات التي تتطابق مع نوع الأنشطة التي يتعامل

---

[1]– نوري حمدي الخاطر ، مرجع سابق، ص 1806.

[2]– محمود أبو فروة، مرجع سابق ، ص 74.

فيها البنك، أو يرتبط مع شبكات أخرى تملكها شركات متخصصة في تفعيل نضام بطاقات الائتمان وتسهيل استخدامها، فإنه يعتبر مالكاً لهذا النظام، وتكون له السلطة القانونية عليه[1].

الفرع الثاني: التزامات البنك بتأمين استعمال البطاقة

ويمكن تلخيص مجموع ما يقوم به البنك في مجال تأمينه لاستعمال الحامل لبطاقة الائتمان الخاصة به، وكذا تأمينه لقبول التاجر هذا الاستعمال لديه فيما يلي:

أولا/ الالتزام بتمكين الحامل من المعارضة

تلتزم الجهة المصدرة بتمكين العميل من إخطارها أو إبلاغها في حالة سرقة البطاقة أو فقدها تفاديا لأي استعمال غير مشروع من قبل الغير[2]، وأيضا لكي يتسنى لها اتخاذ الإجراءات القانونية واستعمال الوسائل المصرفية الكفيلة بدرء الأخطار الناتجة عن ذلك[3].

---

[1]– يرى بعض الفقه أن تقدير سلوك البنك وما إذا كان قد احترم الالتزام بالأمان في نظامه الإلكتروني أم لا، ينبني على مؤشرين أساسيين، أولهما: مدى قدرة النظام الإلكتروني على تأمين خدمة بنكية منتظمة، حيث إن هذا المؤشر يفرض على البنك أن يضع تحت تصرف العميل نظاماً الكترونيًا قادراً على معالجة أوامر وتعليمات العميل بشكل صحيح ومنتظم وآمن، ويقصد بذلك أن يحشد البنك وسائل تمنع من وقوع الأخطاء عند تنفيذ أمر العميل، سواء كانت وسائل بشرية على مستوى عالي من الخبرة أو نظاماً إلكترونيًا سليماً للحد من وقوع الأخطاء في التنفيذ، ويستدعي وجود هذا النظام الإلكتروني بما يحتاجه من تكنولوجيا، وجود حرص وانتباه شديدين من جانب البنك في الاستعمال، فإذا حدث عارض في التشغيل، أو في نظام المعالجة نتيجة استخدام التكنولوجيا المعقدة، فمن الطبيعي أن يتحمل البنك مخاطر هذه التكنولوجيا، ويلتزم بتعويض العميل على أساس إخلاله بالالتزام بضمان سلامة تنفيذ أوامر وتعليمات العميل. أما المؤشر الثاني فهو مدى قدرة النظام الإلكتروني الذي يضعه البنك على إبطال أي غش قد يقع، ويقصد بهذا المؤشر أن تكون لدى البنك والنظام الإلكتروني ككل القدرة على إصدار أوامر توقف أي استخدام غير مشروع، عن طريق ما يسمى نظام تحديد هوية المستخدم والتعرف عليه ويفرض الالتزام بالأمان وفقاً لهذا المؤشر على البنك التزامات ثانوية عديدة، منها إصدار وسيلة اتصال آمنة بربط العميل بالبنك وتجديدها المستمر، وتخصيص إدارة لمتابعة التنفيذ الإلكتروني للعمليات التي تتم واكتشاف الأخطاء وتفاديها، وتمكين العميل من الإبلاغ عن وجود أعمال غير مشروعة تجري باسمه، هذا بالإضافة إلى ضرورة قيام البنك بإلغاء العملية أو بغلق إلكتروني للمنفذ فور اتصال العميل به.

لمزيد من التفصيل انظر:

– شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مرجع سابق، ص 41.

[2]– شريف محمد غنام، محفظة النقود الإلكترونية، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 139.

[3]– عبد الحكيم احمد محمد عثمان، مرجع سابق، ص 329.

وتؤكد على ذلك المادة 8 من التوصيات الأوروبية الصادرة في 17 نوفمبر 1988 والتي تنص على أن "يقوم كل مصدر بوضع عملائه في وضع يمكنهم من إخطاره ليل نهار بفقد أو سرقة أو تزوير وسائل الوفاء المتعلقة بهم"[1].

وقد ورد النص على ذات الالتزام على نحو أكثر تفصيلا في المادة 7 من التوصية الأوروبية رقم 479/98 الصادر في 30 جويلية 1998 بقولها:" يلتزم المصدر بأن يضع في متناول حامل البطاقة الوسائل المناسبة لإخطاره في حالة ضياع البطاقة أو سرقتها من الحامل أو في حالة أي خطأ في إدارة حسابه".[2]

وتشترط البنوك على العميل الذي يريد الاعتراض على كشف النفقات أن يعلمها بذلك خلال أجل معين يكون غالبا شهر وإلا سقط حقه في الاعتراض.

لقد أجمعت العقود الرابطة بين البنك والحامل بشكل عام[3]، على التزام الحامل بالمعارضة عند سرقة أو فقدان البطاقة ، إذ يعد الالتزام بالمعارضة من الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق الحامل[4]، والذي بموجبها يسعى البنك إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع استعمال هذه البطاقة من قبل شخص آخر[5].

فنجد نص المادة 2/15 من عقد حامل بطاقة فيزا البنك الأهلي المصري ينص على أنه" على حامل البطاقة المفقودة أن يخطر البنك على الفور، وإذا تم الإبلاغ بطريقة شفوية يجب تعزيزه كتابةً خلال 7 أيام على أن يتحمل حامل البطاقة الأصلي أي التزام ناتج عن استخدام البطاقة من تاريخ فقدها ولمدة أسبوع من تاريخ الإخطار الكتابي للبنك بالفقد أو

[1]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان،مرجع سابق، ص 590.

[2]– خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق، ص 155.

[3] المادة 2/15 من عقد حامل بطاقة فيزا البنك الأهلي المصري، والمادة 2/14 من عقد الحامل لبطاقة فيزا بنك مصر .

[4] –Alain Couret, Jean Deveze et Gerard Hirigoyen Op.cit p1183.

[5]– خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد، المرجع السابق، ص175.

السرقة، وعلى حامل البطاقة أن يقدم للبنك جميع المعلومات التي لديه فيما يتعلق بظروف الضياع، وأن يتخذ كافة الخطوات المعقولة لمعاونة البنك على استعادة البطاقة، وتحرير محضر إداري بقسم الشرطة المختص بفقد البطاقة أو سرقتها مع تحمل حامل البطاقة لكافة المصاريف المترتبة على ذلك" والمادة 2/14 من عقد الحامل لبطاقة فيزا بنك مصر تنص على أنه " في حالة فقد البطاقة أو سرقتها يلتزم حامل البطاقة بإبلاغ مركز بطاقات بنك مصر بموجب طلب مكتوب، أو بخطاب موصى عليه بتوقيع العميل المعتمد لدى البنك المصري على أن يتحمل حامل البطاقة أية مبالغ تنتج عن استخدام البطاقة بعد استلام البنك للإخطار الكتابي بـ 7 أيام محلياً، و14 يوماً دولياً وهي الفترة اللازمة لإيقاف البطاقة محلياً ودولياً " .

وتأخذ المعارضة الشفهية العديد من الأساليب الشائعة، إلا أنها يجب أن تعزز بالكتابة مثل ما تقدم ذكره، وفي حالة المنازعة حول تاريخ تقديم المعارضة فإن الاعتماد يكون على المعارضة الكتابية[1]، فالمعارضة يجب أن لا تخرج عن الشكل الذي تم الاتفاق عليه وفي الموعد المحدد، وخدمةً من البنك للحامل من أجل عدم التأخير في تقديم المعارضة، فإنه يقوم بوضع خدمة التليفون تحت تصرف الحامل والتي تعمل 24 ساعة يومياً، مهمتها تلقي إخطاراته بفقدان أو سرقة البطاقة. ويظل حامل البطاقة مسؤولاً عن أي استعمال غير مشروع لها حتى بعد الإخطار وذلك لمدة معينة يتم الاتفاق عليها مسبقاً بين البنك والحامل حتى يتسنى للبنك القيام بإجراءات إيقاف هذه البطاقة[2].

ففي إحدى القضايا قام حامل لبطاقة la Carte Bleu من كندا بتقديم المعارضة للبنك عن طريق الهاتف، في 25 سبتمبر 2006 وقام بالمعارضة الكتابية عن طريق البريد

[1]- Froncise Perochon et Regine Bonhomme, Op. Cit, p 641.

[2]- وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 24 جانفي 1991 حيث جاء مضمون الحكم أن " الحامل هو المسؤول عن أي استعمل غير المشروع للبطاقة بعد الفقدان أو الضياع طوال المدة التي يتخذها البنك من أجل اتخاذ الإجراءات الكاملة "، للإطلاع على تفاصيل الحكم أنضر: خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص177.

الموصى عليه بالرجوع في 29 سبتمبر2006 مباشرة بعد عودته إلى فرنسا، وصلة الرسالة إلى البنك في 13 أكتوبر 2006 والملاحظ أن قيمة استعمال البطاقة في الوقت الذي قدم فيه الحامل المعارضة الشفهية عن طريق الهاتف كان 6400 أورو، وفي تاريخ وصول الرسالة إلى البنك كانت قيمة استعمال البطاقة قد وصلت إلى 10763 أورو، فقام الحامل بالتوجه للقضاء من أجل الفصل في المبلغ الذي قيمته 4363 أورو، والذي ترتبت على الاستعمال غير المشروع للبطاقة بعد عملية المعارضة التي تمت في25 سبتمبر2006، واستنادا إلى هذه الوقائع، قضت محكمة الاستئناف بـ Agen في 27 ماي 2008[1]، بأن الحامل هو من يتحمل جميع المبالغ الناتجة عن استعمال البطاقة، حتى التي كانت بعد عملية المعارضة، وهذا بالاستناد على ما يلي:

1- أن الحامل لم يقم باحترام العقد الذي يجمع الطرفين فيما يخص المحافظة على سرية بيانات البطاقة وذلك عندما قام باستعمال بطاقة الائتمان عن طريق الانترنت وإدخال الرقم السري مما أدى إلى تسربه ووقوعه في يد الغير.

2- أن الحامل لم يقم بالمعارضة الكتابية التي يترتب عليها إيقاف البطاقة في الوقت الذي اكتشف فيه تسرب البيانات، وإنما قام بالمعارضة الشفهية ثم ألحقها بالمعارضة الكتابية وهو الوقت الذي وصل فيه استعمال البطاقة إلى المبلغ السابق.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن الحامل غير مسؤول- إذا انقضت مدة الإخطار- عن استعمال الغير للبطاقة المسروقة أو المفقودة بشرط أن يكون قدم المعارضة دون أي تقصير من جانبه[2].

---

[1]-CA d'Agen, civile , Mardi 27 Mai 2008 N° de RG 07/00640.

[2]- سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص569 – على جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 610 – محيي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 752.

يلتزم البنك إذا بيمكن العميل من تقديم اعتراضه عن الوفاء في حالة ضياع البطاقة أو سرقتها، وذلك بأن يوفر مركزا لتلقي هذه المعارضات من الحاملين، يعمل على مدار أربعة وعشرين ساعة طوال أيام الأسبوع، وتكتفي البنوك بتلقي الإخطار الشفوي في العادة كإجراء أولي، يليه وفي الوقت المحدد إخطار كتابي[1]، تمنح على إثره وسيلة تثبت تقديمه لهذا الإخطار في الوقت المحدد، وهذه الوسيلة قد تكون في شكل رقم يمنحه البنك للحامل، ويقوم البنك فور استلامه أو تلقيه لهذا الإخطار بإدخال بيانات البطاقة في الحاسب الآلي، من أجل إيقاف عملية سحب النقود بواسطة البطاقة من أجهزة السحب الآلي، ويتم بعد ذلك إدراج بيانات هذه البطاقة في قائمة تحتوي على مجموعة البطاقات التي تم الاعتراض عليها لأي سبب من الأسباب السابقة، ليتم إرسالها إلى جميع التجار القابلين للبطاقات الصادرة من هذا البنك، وقد نظمت المادة 17 من عقد الحامل الصادر عن بنك مصر على أنه :" في حالة فقد البطاقة أو سرقتها يقوم حامل البطاقة بإبلاغ الفرع المصدر للبطاقة أو مركز بطاقات بنك مصر بموجب طلب مكتوب أو بخطاب موصي عليه وموقع بتوقيع العميل المعتمد لدى البنك على أن يتحمل حامل البطاقة أية مبالغ تنتج عن استخدام البطاقة ولمدة أسبوع من تاريخ استلام الإخطار المكتوب"، و الملاحظ على هذا النص أنه أغفل عملية الإخطار الشفهي وما لها من فائدة، على اعتبار أن حامل البطاقة المفقودة أو المسروقة يمكن استعمالها في أوقات متأخرة من الليل كما يمكن أن يقوم سحب الأموال من الصارف الآلي في الوقت الذي لا يكون بإمكان الحامل الأصلي تقديم معارضة على البطاقة.

وفي هذا السياق فأن المادة 15 من عقد الحامل الصادر عن البنك الأهلي المصري مثلا قد أشارت في نصها إلى هذا "..وعلى حامل البطاقة المفقودة، أو المسروقة أن يخطر البنك على الفور وإذا تم الإبلاغ شفاهة يجب تعزيزه كتابة خلال 8 أيام ".

---

[1]- محمد بهجت عبد الله قايد، مرجع سابق، ص603.

ثانياً/ الالتزام بنشر الإخطار بواقعة فقد أو سرقة البطاقة.

يقع التزام على البنك المصدر للبطاقة بإبلاغ التجار المعتمدين عن البطاقات المسروقة أو المفقودة في جميع أنحاء العالم فور إبلاغ حامل البطاقة له بذلك[1]، كما يلتزم بإعادة برمجة الأجهزة التي تستخدم فيها البطاقة ومحو الرقم السري من على برامجها لتقوم برفض البطاقة ومنع استخدامها من قبل السارق أو من يعثر عليها[2].

فإذا لم يقم البنك المصدر بهذا الإجراء فإن مسؤوليته المدنية تنعقد، خاصة إذا ما تم تنفيذ عمليات سحب أو وفاء من حساب الزبون من قبل الغير[3]، وتقوم مسؤولية البنك برد المبالغ المقيدة في الجانب المدين من حساب الحامل والتي تم سحبها بموجب البطاقة المسروقة أو المفقودة عبر الشبابيك الآلية، بعد أن يقوم العميل بإثبات قيامه بإخطار الجهات المصدرة بواقعة الفقد أو السرقة – حتى لو فقدت دون رقمها السري–، وذلك لعدم قيام الجهة المصدرة باستعمال الوسائل المتاحة لها للحيلولة دون استعمال هذه البطاقة من جديد رغم إخطارها.

وأمام هذا كله تكون الجهة المصدرة ملزمة باتخاذ كافة الإجراءات التي تحول دون استخدام البطاقة في حالة ما إذا تم إخطارها بواقعة الفقد أو السرقة وعلى جناح السرعة لان أي تأخر سوف يحمل البنك المسؤولية الكاملة في حالة استعمال البطاقة المفقودة أو المسروقة[4].

---

[1]– محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص 674.

[2]– نهى خالد عيسى، مقال بعنوان:" بطاقة الائتمان الالكترونية"، منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني السنة السابعة،2015 ، ص 78.

[3]– صونية مقري، مرجع سابق، ص248.

[4]– محمد بشير محمد حامد ، مرجع سابق ، ص 78.

المبحث الثاني

التزامات البنك المتعلقة بالوفاء وعدم إفشاء السر المصرفي

يعتبر إثبات العمليات المنفذة بواسطة البطاقة من المسائل الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها وتنظيمها لما يسببه من مشاكل بين البنك المصدر وعملائه أو حتى بين الحامل والتاجر، لذا فالبنك في البداية يلتزم بالوفاء للتاجر بدلا عن الحامل –وهو ما سوف نتناوله في المطلب الأول–، وفي نفس الوقت يلتزم بقيد كافة العمليات المنفذة من طرف الحامل بواسطة البطاقة وإعلام هذا الأخير بكافة البيانات والمستندات التي تثبت صحة العمليات المقيدة على حسابه–المطلب الثاني.

يعد الحفاظ على سرية وخصوصية العملاء والتعاملات التي يقومون بها من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الجهة المصدرة، فيجب أن يكون لدى العملاء يقين بأن جميع البيانات الخاصة بهم محفوظة لأن لكل فرد الحق في أن يحتفظ بأسراره لذلك تم تخصيص المطلب الثالث لدراسة هذا الالتزام.

المطلب الأول

التزامات البنك المتعلقة بالوفاء

يعد التزام البنك بالوفاء للتاجر بمبلغ السلع والخدمات التي استفاد منها الحامل باستعمال البطاقة، هو الالتزام الأساسي للبنك في مواجهة التاجر، وهو الالتزام المشترك في جميع العقود المبرمة بين التجار والبنوك دون أن يكون بنفس النطاق في جميعها، كما أنه يرتبط بأداء التاجر للالتزامات المفروضة عليه بموجب عقد التاجر، وبناء عليه يكون الالتزام بالوفاء للتاجر نهائياً وغير قابل للرجوع فيه، إلا أنه وفي بعض الحالات، قد يتخلف التاجر عن قيامه بالتزاماته مما يعفي البنك من التزامه بالوفاء، وفي هذا المطلب سنحاول تسليط الضوء على هذه الالتزامات من خلال التطرق إلى الالتزام بالوفاء وطرقه، ثم نتطرق إلى

قاعدة عدم إمكانية البنك في الرجوع عن الوفاء، ثم نعرض أهم حالات الإعفاء من القاعدة السابقة والضمانات الممنوحة لتاجر من قبل البنك للوفاء[1].

الفرع الأول: الوفاء للتاجر

يتعهد مصدر البطاقة بالوفاء للتاجر بقيمة السلع والخدمات التي استفاد منها حامل البطاقة ما لم تكن قيمتها قد تتجاوز الحد الأقصى المضمون في الاستعمال بالبطاقة، و شريطة أن يكون التاجر قد اتخذ جميع الإجراءات اللازمة للتأكد من البطاقة و شخصية حاملها .

وفي حالة قيام التاجر بجميع الالتزامات الخاصة به، لا يجوز للبنك الاحتجاج على التاجر بعدم وجود رصيد في ذمة الحامل، أو انشغال ذمته بمتعلقات سابقة في الحالة التي يكون فيها بنك الحامل هو نفس بنك التاجر، أو بوجود إشكالية معينة بين بنك الحامل وبنك التاجر في حالة اختلاف البنكين، بل يتوجب عليه بعد التأكد من سلامة الإجراءات التي قام بها التاجر عند قبوله للبطاقة بالوفاء للتاجر وقيد قيمة الفواتير في حساب المدين للحامل، وذلك على اعتبار أن قيمة هذه الفواتير تعتبر حقاً مستقلاً عن الأوضاع القانونية بين الحامل والبنك[2].

ويتم الوفاء من البنك للتاجر إما عن طريق التحويل المصرفي بين حسابين مختلفين في بنك واحد[3] –وهي الحالة الشائعة– حيث يكون البنك المتعاقد مع التاجر هو نفسه مصدر البطاقة، فيتم مباشرة تحويل قيمة الفواتير من حساب الحامل إلى حساب التاجر، أو عن طريق عملية التحويل المصرفي بين حسابين مختلفين في بنكين مختلفين، وهذا في حالة إذا كان البنك المتعاقد مع التاجر هو غير البنك مصدر البطاقة، حيث يتوجه التاجر بالفواتير

---

[1]- محمد توفيق سعودي، مرجع سابق، ص 53.

[2]– قيس عينزان محمد الشرايري، مرجع سابق، ص 178.

[3]– سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية ، طبعة 1988، ص336.

إلى البنك الذي قام بالتعاقد معه، والذي يتصل بدوره ببنك الحامل وهو البنك الذي أصدر البطاقة، من أجل الحصول على قيمة استعمال الحامل للبطاقة لدى التاجر، فيقوم هذا البنك بتحويل قيمة الفواتير من حساب حامل البطاقة إلى حساب التاجر في البنك الثاني، وقد يتم تسوية العلاقات بين بنك الحامل وبنك التاجر إما عن طريق المقاصة وهي الطريقة الشائعة في حالة إذا كانت هناك علاقة بين البنكين، أو قد تسوى هذه العلاقة بعملية تحويل مصرفي لبنك ثالث يكون لكليهما حساب فيه[1].

يلتزم البنك بالوفاء بقيمة إجمالي النفقات التي أنفقها حاملو بطاقات الائتمان لدى التاجر باستخدام هذه البطاقة، ووفقاً لشرط يتضمنه العقد، فإن البنك يقوم باقتطاع مبلغ يوازي قيمة العمولة المستحقة من مجموع قيمة الفواتير، أو قد يتضمن العقد شرط حق البنك في القيد العكسي في الجانب المدين لحساب التاجر بقيمة العمولة الناتجة عن استخدام الحامل لبطاقة الائتمان لدى نفس التاجر[2].

أما عن تاريخ الوفاء فإنه يجب أن نفرق بين عدم تجاوز قيمة الفواتير الحد الأقصى المضمون، وحالة تجاوزها لهذا الحد ،حيث أنه وفي الحالة الأولى يمكن القول أن تاريخ تقديم البطاقة والتوقيع على الفاتورة أو تركيب الرقم السري بواسطة الحامل يصلح ليكون تاريخاً للوفاء، مع تحفظ أن يقوم التاجر بجميع الالتزامات الملقاة على عاتقه، إذ و في هذه الحالة، يكون الوفاء من قبل البنك مضمون، ولا يمكن للبنك التنصل منه بأي حجة كانت[3].

أما في حالة تجاوز قيمة الفواتير الحد الأقصى المضمون، فإن الأمر يختلف، إذ لا يمكن أن يكون تاريخ استخدام البطاقة وإدخال الرقم السري هو تاريخ الوفاء، وذلك على

[1]- سميحة القليوبي ، مرجع سابق، ص 337.

[2]- قيس عينزان محمد الشرايري، مرجع سابق، ص 179.

[3]- خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص 212- كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص415.

اعتبار أن البنك لا يقوم بالوفاء في هذه الحالة إلا بشرط إتمام تحصيل قيمة استعمال البطاقة من الحامل[1]، فإذا لم يستطع البنك التحصيل من الحامل فإنه يقوم بالقيد العكسي لقيمة الفواتير الزائدة في جانب حساب المدين للتاجر، ويقوم التاجر بالعودة على الحامل لاستيفاء حقه طبقاً لما بينهم من عقد، سواء كان بيع أو تقديم خدمة، وفي حالة التنازع يقع عبء الإثبات على التجار بصفته مدعياً في دعوى الوفاء، ويخضع نظام الإثبات في هذه الحالة إلى قواعد القانون المدني في حالة ما إذا كان صاحب البطاقة ليس تاجراً ولا تتوفر فيه صفة التاجر، وإلى قواعد القانون التجاري إذا كان صاحب البطاقة تاجراً أو شركة[2].

ويعتبر الأمر الصادر من الحامل للبنك بالوفاء أمرا غير قابل للرجوع فيه، سواء من الناحية المادية أو من الناحية القانونية، وذلك بسبب الصفة الفورية التي تتم فيها العملية، لذلك فإنه وبمجرد أن يتم التوقيع من طرف الحامل على الفواتير فلا يمكن له العودة والرجوع في هذا الأمر[3]، فهو غير قابل للرجوع من الناحية المادية، على اعتبار أن الحامل وبمجرد إدخال البطاقة وإدخاله للرقم السري أو التوقيع، فإن العملية تكون قد سجلت في البطاقة وفي البنك دون أن يكون هناك إمكانية الرجوع في هذا العمل المادي[4]، أما من الناحية القانونية فإن التعاملات التجارية تقوم في أساسها على فكرة الائتمان والثقة، فإذا كان الأمر بالوفاء يرتب مباشرة إلزام البنك بالوفاء للتاجر، فإن الرجوع عن هذا الالتزام من شأنه أن يهدم هذه الثقة بين البنك والتاجر الذي قبل التعامل بهذه البطاقة [5].

---

[1]– Stéphane Piedlièvre, instrument de credit et de paiement, 7e édition, DALLOZ, 2012, P168.

[2]– محمد محيي الدين إبراهيم سليم، الإثبات والوسائل التقنية الحديثة، طبعة 1997، ص 30.

[3]- عدنان إبراهيم سرحان، الوفاء الإلكتروني، مجلة الحقوق، المجلد الثالث، العدد الأول، ص 257.

[4]– Michel Jeantin, Paul Le Cannu Thierry Granier, Richard Routier, Op Cit, P116.

[5]– كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 411.

لقد جرت العادة على إدراج بعض الشروط في عقد التاجر حول تاريخ الوفاء، حيث يكون اتفاق بين البنك والتاجر على أن يتم إعفاء البنك من الوفاء للتاجر في حالة الإضراب، دون أن يتم تحديد مدة الإعفاء أو تحديد المقصود بالإضراب، أن هذا الشرط يدفعنا إلى البحث في المعنى المقصود من الإضراب وإلى مدة الإعفاء[1].

إن حالة الإضراب التي يمكن أن ترفع التزام البنك من الوفاء للتاجر في الوقت المحدد هي حالة إضراب البريد حيث يتسبب في تعطيل انتقال فواتير النفقات من التاجر إلى البنك وبالتالي تنتهي مدة الإعفاء بانتهاء مدة الإضراب، وفي هذا المجال يتكرر السؤال هل يكون إضراب المؤسسات المصرفية التي أصدرت البطاقات سبباً لإعفائها من الوفاء للتاجر في الوقت المحدد؟.

من المتفق عليه أن الملتزم لا يمكنه أن يتذرع بخطأ وقع منه لإعفاء نفسه من تنفيذ الالتزام[2]، ومنه فإن التزام البنك بالوفاء للتاجر في الوقت المحدد يبقى قائماً في الوقت الذي يكون البنك في إضراب، ويتحمل البنك نتيجة عدم الوفاء في الوقت المناسب.

الفرع الثاني : حالات عدم الوفاء للتاجر

لا يملك البنك رفض الوفاء للتاجر إذا ما صدر الأمر بالدفع من الحامل،هذا هو الأصل في التعامل بالبطاقة إلا أن التعاملات قد أفرزت عدة حالات يمكن فيها للبنك أن لا يلتزم بذلك ومن أهم هذه الحالات:

– إذا كانت الفواتير المقدمة للبنك غير صحيحة، حيث يلتزم التاجر بإثبات صحة العمليات التي يقوم بها مع حامل البطاقة بالفواتير التي يقدمها للبنك، هذه الفواتير يجب أن تكون في

[1]– فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 132.
[2]– نفس المرجع، ص 133.

شكل معين يتم الاتفاق عليه مسبقاً بين كل من البنك والتاجر[1]، إن مخالفة هذا الشكل المتفق عليه من شأنه أن يخول للبنك إمكانية عدم قبول الوفاء للتاجر بقيمة الفواتير، وقد تكون هذه الفواتير غير صحيحة إذا تمت في غير النماذج المتفق عليها والمقدمة من قبل البنك أو تكون في غير الشكل المتفق عليه، ويكون هذا في العادة عند التجار المستعملين لآلات الوفاء التقليدية.

– إذا فاقت قيمة الفواتير قيمة الحد الأقصى المضمون[2] ولم يتحصل التاجر على إذن من البنك، فكما سبق وأن وضحنا فإن البنك إذا لم يتمكن من تحصيل القيمة الزائدة عن قيمة الحد الأقصى المضمون للاستعمال، فإنه إما أن يقوم برفض الوفاء لهذه القيمة الزائدة في حالة عدم الوفاء، أو أنه يقوم بعملية القيد العكسي لهذه القيمة في جانب المدين لحساب التاجر، وهذا في حالة إذا كان قد قام بالوفاء للتاجر[3].

– في حالة عدم احتياط التاجر، وهي الحالة التي قد يكون عند عدم فحص التاجر لتوقيع الحامل أو عدم التأكد من شخصيته أو عدم التأكد من تاريخ صلاحية البطاقة وكل هذه الحالات تمكن البنك من التخلص من أداء التزاماته بالوفاء، والملاحظ أن في كل الحالات السابقة تكون عند التجار المستعملين للآلات القديمة، على اعتبار أن من عمل الآلات الحديثة التحقق من البطاقة ومن توقيع حامل البطاقة[4].

[1]– أحمد جمال الدين موسى، النقود الالكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد التاسع والعشرين، أفريل 2007، ص 64.

[2]– فداء يحيى المحمود، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن طبعة 1999، ص 53.

[3]– قضية رقم677 لسنة 1998 جنح قصر النيل جلسة 11 فبراير 1998 مشار إليها لدى جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق ص28.

[4]– فداء يحيى المحمود، نفس المرجع ، ص 52.

– وفي حالة الضياع أو السرقة المُبلغ عنها[1]، حيث يقوم البنك في حالة سرقة البطاقة أو ضياعها بإبلاغ التاجر وبذلك تكون هذه البطاقة الضائعة أو المسروقة غير فعالة، فإذا لم يقم التاجر برفض التعامل بها فإنه يتحمل قيمة استعمالها وحده، دون أن يكون للبنك أي التزام عن استخدامه هذه البطاقة، فيتحمل المبالغ الناتجة عن استعمال البطاقة لديه والمُبلغ عنها من طرف البنك من تاريخ التبليغ وليس من تاريخ الضياع أو السرقة، وذلك لأن التاجر في هذه الحالة قد تجاهل البلاغ الذي تلقاه من البنك وقام بقبول البطاقة.

– هذا ويمكن أن نضيف إلى الحالات السابقة التي يستطيع مصدر البطاقة أن يرفض الوفاء للتاجر بقيمة مشتريات الحامل، حالة إفلاس التاجر المتعاقد مع مصدر البطاقة، على اعتبار أنه سيقوم بالوفاء إلى الوكيل المتصرف القضائي[2].

وفي الحالة السابقة فإن البنك يقوم بالخصم من حساب الحامل بمجرد أن البطاقة استعملت استعمالاً سليماً ولكن الأموال في هذه الحالة تتوجه إلى الوكيل المتصرف القضائي من أجل توزيعها على الدائنين[3].

وقد أضافت العقود بين البنك والحاملين لبطاقة الائتمان لما سبق حالات استعمال البطاقة فيما يخالف القانون، وهنا يرجع سبب عدم الوفاء للعقد المبرم بين التاجر والحامل

---

[1]– محمد توفيق سعودي، مرجع سابق، ص 57.

[2]– أدونيس حجل، بطاقات الاعتماد، مجلة المصارف العربية، عدد173 لسنة 1995، ص 25.

[3]– وهذا ما اتجه إليه القضاء الفرنسي واستقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في القضية التي رفعتها إحدى الشركات الفرنسية ضد البنك المتعاقدة معه، وفي قضية الحال قامت هذه الشركة بشراء مجموعة من المعدات من شركة فلاي واست وتم الدفع عن طريق بطاقة الائتمان، إلا أن هذه المعدات لم تصل إلى الشركة وذلك على اعتبار أن فلاي واست كانت لا تملك القيام بهذا، لأنها كانت في حالة إفلاس، قدمت الشركة اعتراض للبنك من أجل التوقف عن الدفع للتاجر إلا أن البنك لم يقم بالتوقف عن الدفع فاتجهت الشركة إلى القضاء، استندت محكمة الاستئناف على أن استعمال البطاقة من قبل الحامل كان بشكل إرادي وبشكل صحيح وأن حالة إفلاس التاجر لم ترد ضمن الحالات التي يمكن للحامل فيها أن يقوم بالاعتراض عن الدفع، وهو الأمر الذي أيدته محكمة النقض.

CA , com Rennesct Audience publique du Vendredi 7 décembre 2007 N° RG 06/07375.
cass com Audience publique du Mardi 20 janvier 2009 N° de pourvoi 08-11273.

كونه عقدا باطلاً، وهي الحالة التي أضافتها المادة 28 من عقد التاجر الصادر عن البنك الأهلي المصري إذ تنص على أنه " يحظر استخدام البطاقة في العمليات المحظورة قانوناً بما فيها ابتياع بضائع أو خدمات مجرمة بواسطة القانون المصري ".والملاحظ أن الحالة الأخيرة تدخل ضمن الحالات العامة التي ترفع عن البنك الوفاء للتاجر، على اعتبار أن البنك بقيامه بهذا سيكون قد خالف قواعد النظام العام.

المطلب الثاني

التزامات البنك المتعلقة بالإثبات

إن إثبات العمليات المنفذة بواسطة البطاقة قد يسبب مشاكل كثيرة بين البنك المصدر وعملائه أو حتى بين الحامل والتاجر، لذا فالبنك وباعتباره الطرف الذي يحوز جميع البيانات التي من شأنها أن يثبت التعاملات التي تمت ببطاقة الائتمان، وذلك بحكم المركز الذي يحتله، فهو يلتزم بقيد كافة العمليات المنفذة بواسطة البطاقة وإعطاء حاملها كافة البيانات والمستندات التي تثبت صحة العمليات المقيدة على حسابه

الفرع الأول: التزام البنك بحفظ الفواتير الدالة على استعمال البطاقة وتقديمها عند الضرورة

تصب جميع الفواتير التي تدل على استعمال البطاقة بشكل دوري ومباشر لدى البنك وحده باعتبارها عنصرا من عناصر الأمان، الأمر الذي يُلزمه بحفظها لديه مدة معينة يتم الاتفاق عليها في العقد الذي يجمعه مع عميله[1]، والمحددة في أغلب الأحيان بسنة من تاريخ وصولها إليه، وتكون الفائدة من وراء هذا الحفظ لهذه المستندات استعمالها كوسيلة لإثبات العمليات التي قام بها الحامل عند تقديم هذا الأخير اعتراضه على الدفع، أو في حالة قيام

[1]– عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 594.

أي نزاع بينه وبين التاجر، ورغم أن البنك في هذه الحالة يعد من الغير الخارج عن الخصومة القائمة بين التاجر والحامل، والتي يكون أساسها البيع أو تقديم خدمة، إلا أنه يقوم بتقديم هذه المستندات إلى طالبها سواء كان الحامل أو التاجر من أجل فض الخصومة وتسوية الوضعية على اعتباره يملك جميع المستندات والفواتير التي من شأنها ذلك[1].

فيلتزم مصدر البطاقة بقيد كافة العمليات المنفذة بواسطتها وإعطاء الحامل أو التاجر البيانات والمستندات التي تثبت صحة العملية المقيدة على حسابه أو لتصحيح الأخطاء المرتكبة[2]، لهذا ألزمت التشريعات التي نظمت عمليات البطاقات المصرفية البنك بأن يوفر مختلف الوسائل التي تمكن العميل من إثبات العمليات التي تتم على حسابه بواسطة البطاقة التي وضعها تحت تصرفه، من خلال تزويده بالمستندات عن كل عملية قام البنك بتنفيذها يثبت فيها نوع العملية وقيمتها وتاريخها ووقت إجرائها وكافة البيانات التي تثبت العملية التي قام بها العميل وأن تكون دليل إثبات في يد هذا الأخير عند حدوث أي نزاع بينه وبين البنك[3].

ويلتزم البنك أن تكون البيانات التي تتضمنها تلك الإيصالات مطابقة تماما للتسجيلات الالكترونية المخزنة في النظام الالكتروني للبنك الذي يحتوي مختلف العمليات المنفذة بالبطاقة و التي تمت على حساب العميل.

الفرع الثاني : التزام البنك بإرسال الفواتير بشكل دوري للحامل

يلقي العقد المبرم بين الحامل والبنك مجموعة من الالتزامات من بينها أن يقوم البنك بإرسال الفواتير المترتبة على استعمال البطاقة بشكل دوري للحامل، وذلك حتى يتسنى

---

[1]– ثناء أحمد المغربي، الوجهة القانونية لبطاقة الائتمان، مقال منشور في موقع: مركز العدالة للتحكيم الدولي انظر الموقع: http//www.tashreaat.com/confrnces

[2]– خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، المرجع نفسه، ص 156.

[3]– معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان الالكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها،دار النهضة العربية، مرجع سابق، ص 87.

للحامل سداد قيمة هذه المبالغ أو المعارضة عليها[1]، ولابد للبنك من القيام بهذا العمل في الوقت المتفق عليه وإلى العنوان الصحيح كون أنه هو المستفيد من هذه العملية[2].

ويتم إرسال الفواتير مرفقة بكشف تفصيلي لحساب الحامل، يوضح فيه قيمة المبالغ المسحوبة وقيمة المبالغ المترتبة عن استعمال البطاقة وقيمة الرصيد المتبقي في حساب الحامل، والأجل الذي يدفع فيه هذه المبالغ والرصيد المتراكم عليه عن العمليات السابقة، إلا أن البنك قد يخل بهذا الالتزام وفي هذه الحالة فإنه يجب أن يتحمل المسؤولية عن ذلك، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي في القضية التي رفعها البنك الفرنسي " أجري كول كريدي " ضد عميلته السيدة "باتريسيا" والتي يطالب بإلزامها على الدفع للتاجر الذي تعامل مع السيدة على أساس أنها تملك رصيد يفوق قيمة هذا التعامل، لكن عند توجه التاجر وهو صاحب وكالة لبيع السيارات إلى البنك فإنه لم يجد هذا الرصيد، ولأن صاحب الوكالة كان متعاقد مع البنك بعقد الضمان الكلي، فإنه قد تحصل على قيمة الفاتورة من البنك بشكل كلي ومباشر، ثم قام البنك برفع دعوى ضد السيدة "باتريسيا" يطالبها بالدفع الفوري لقيمة الفرق بين الرصيد والمبلغ المدفوع من قبل البنك، إلا أن محكمة الاستئناف حكمت بغير هذا، وذلك على أساس أن هناك اتفاق بين البنك والعميل في العقد الذي يجمعهما، يقضي بضرورة قيام البنك بإعلام العميل بكل تعاملاته وبشكل دوري ومستمر وإخباره بالرصيد المسحوب والرصيد المتبقي الأمر الذي لم يقوم به البنك والذي رتب في ذهن العميلة أن الرصيد الموجود لديها يكفي للقيام بهذا التعامل الأخير، وهو ما تم تأكيده من قبل محكمة النقض الفرنسية[3].

---

[1]- كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 599 – خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد، مرجع سابق، ص159.

[2]- فادي يحي أحمد المحمود، مرجع سابق، ص32.

[3]- Cass. civ. Audience 24/09/2009 N° de pourvoi:08-16345.

كما يتم إرسال الفواتير والكشوف بالبريد إلى آخر عنوان يتم تزويد البنك به من قبل العميل، لذلك فان العميل يجب أن يقوم بإخطار البنك بشكل مباشر عند تغيير العنوان وإعلامه بالعنوان الجديد.

وهذا ما نص عليه المادة 22 من عقد الحامل لبطاقة فيزا البنك الأهلي المصري "تعتبر مكاتبات البنك قد وصلت إلى حامل البضاعة بمجرد إرسالها بالبريد المسجل إلى أخر عنوان محفوظ من طرف البنك لحامل البطاقة" .

وقد لا تصل هذه الفواتير والكشوفات إلى العميل لأي سبب قد لا يكون لأحد الأطراف اليد فيه، و يكون السبب خارجاً عن إرادتهما، وفي هذه الحالة يجب على البنك أن يرسل تنبيه للعميل يسبق موعد إرسال الفواتير القادمة، أو أنه ينتظر حتى ميعاد إرسال الفواتير والكشوف التالية ويبعثها مع بعض، مع التنويه لعدم وصول الرد من العميل على الكشوفات السابقة.

المطلب الثالث

التزامات البنك المتعلقة بعدم إفشاء السر المصرفي

نتيجة لازدياد الدور الذي تقوم به البنوك في الحياة الاقتصادية والتوسع في أنشطتها المالية والمصرفية، خصوصاً مع ظهور التجارة الإلكترونية، أصبح التعامل معها ضرورة من ضرورات الحياة، مما أتاح لها جمع العديد من المعلومات عن عملائها، الذين يضطرون فيها إلى أن يخضعون لها الكثير من أسرارهم المالية والشخصية، تحت ضغط حاجتهم للحصول على خدماتها، ونظراً لأهمية تلك الأسرار بالنسبة للأفراد المتعاملين مع البنك، فإن هذا الأخير يكون ملزماً بالمحافظة عليها لا لحماية مصالحهم وحقهم في الخصوصية

فحسب، وإنما تحقيقاً لمصلحة المهنة نفسها كذلك[1]، فحماية أسرار العملاء والحفاظ عليها يؤدي إلى تدعيم الثقة في البنوك، وتحقيق المصلحة العامة التي تجعل الإفراد يثقون في الجهاز المصرفي، فلا يترددون في إيداع أموالهم لديه، وهذا من شأنه أن يوفر المناخ المناسب للاستثمار والاستقرار الاقتصادي[2]، وهذا ما أشارة إليه المادة 7 من التوصية الصادرة عن اللجنة الأوروبية لسنة 1997 حين ألزمت البنك باحترام الرقم السري للحامل وعدم إفشائه إلا لهذا الأخير.

الفرع الأول: نطاق التزام البنك بالسر المصرفي

يتسع نطاق السر المصرفي ليشتمل جميع المعلومات والبيانات[3] الخاصة بحسابات العملاء أيا كان نوعها وطبيعتها، وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم، وبصفة عامة كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالذمة المالية والشخصية للعميل، وكافة المعاملات والعمليات التي يقوم بإجرائها، ومن ذلك استعمال بطاقات الائتمان، حيث تغطي السرية نوعها وقيمتها وكيفية استعمالها ومكان استعمالها والغرض منه بالنسبة لحامل البطاقة، وكذلك كل ما يتعلق بأمور قبول البطاقة بالنسبة للتاجر المتعامل بالبطاقة وبالخصوص ما يتعلق منه بحجم هذا التعامل، وذلك بغض النظر عن الوسيلة أو الكيفية التي وصلت بها هذه المعلومات أو

---

[1]– إبراهيم حامد طنطاوي، الحماية الجنائية لسرية معلومات البنوك عن عملائها في ضوء القانون رقم 88 لسنة 2003م دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص 8.

[2]– رضا السيد عبد الحميد، سرية الحسابات المصرفية على ضوء القرار بقانون رقم 205 لسنة 1990م وقانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، 2002 م، ص 3– إبراهيم حامد طنطاوي، مرجع سابق، ص9– عبد القادر العطير، سر المهنة المصرفية "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007م، ص27.

[3]– الضابط في اعتبار المعلومة أو الواقعة سرّاً يلتزم البنك بعدم إفشائه هو أن يكون نطاق العلم بها محصوراً على عدد محدد من الأشخاص، وأن توجد مصلحة مشروعة في بقاء العلم بها في هذا نطاق، أما إذا تعلق الأمر بمعاملات كانت محلاً للنشر في الصحف أو المجلات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الإعلام، أو يكون العميل نفسه قد أفشاها إلى المحيطين به من أقاربه أو أصدقائه، فالواقعة أو المعلومة في مثل هذه الأحوال لا تصلح أن تكون محلاً لالتزام البنك بكتمانها، لفقدانها صفة السرية.

رضا السيد تعامل الحميد ، مرجع سابق، ص13.

البيانات إلى البنك، حيث تشمل السرية كافة المعلومات والبيانات، سواء كان العميل قد قدمها إلى البنك بنفسه، أو حصل عليها البنك من الغير، أو قام هو بإعدادها[1]، كما يظل الحظر قائماً حتى لو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب كان.

وفي ذات السياق جاءت المادة 117 من قانون النقد والقرض الجزائري (11/03) والتي تقضي بعدم إفشاء صاحب أي مهنة مهما كانت (ومنها المصرفية) بالأسرار التي وصلت إليه بحكم وظيفته أو بمعرض قيامه بهذه الوظيفة والمتعلقة بالزبائن الذين يتعامل معهم تحت طائلة المسؤولية والعقوبة التي تحددها نصوص قانون العقوبات[2].

غير أنه إذا كان التزام البنك بالكتمان يفرض عليه الاحتجاج بالسر في مواجهة كل طلب بالحصول على معلومات عن الأسرار المالية والشخصية المتعلقة بالعملاء حتى يتجنب المسؤولية التي قد تترتب على إخلاله بهذا الواجب المفروض عليه[3]، إلا أن هذا

[1]– أسامة عبد الله قائد، مقال بعنوان "المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة"، مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، وغرفة تجارة دبي، المنعقد في الفترة من 9 – 11 ربيع الأول1424 هـ، الموافق 10–12 ماي 2003م، المجلد الرابع، ص 1687

[2]– ليلى حدوم ،" أنظمة الدفع ما بين البنوك" ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه فرع قانون خاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر –1– ،2012/2011 ، ص 234.

[3]– حول الأساس القانوني لالتزام البنك بالسر المصرفي انقسم الفقه إلى اتجاهين: **الاتجاه الأول** يرد هذا الأساس إلى العقد المبرم بين البنك والعميل، بينما **الاتجاه الثاني** يرى أن الأساس القانوني للسرية يقوم على النظام العام، وقد اختلف أصحاب الاتجاه الأول حول نوع العقد الذي يعد أساساً للالتزام بالسر، ومن ثم تؤسس عليه المسؤولية عن الإفشاء، فيرى بعض أنصاره أنه عقد وديعة؛ لأن العميل المودع في الوقت الذي يودع أمواله في البنك ، يودع معها سره وتعليماته، وأن البنك ملزم بموجب هذا العقد بالحفاظ على السر وعدم إفشائه، إلا أن هذه الفكرة تعرضت للنقد، وذلك بأن عقد الوديعة لا يرد إلا على المنقول والسر ليس منقولاً بل هو أمر معنوي، كذلك الأشياء التي تكون محلا لعقد الوديعة يمكن استرداد؛ لأنها ترد على أشياء منقولة وملموسة، على عكس الأمر بالنسبة للسر، حيث لا يمكن استرداده ممن أؤتمن عليه، والبعض من أصحاب هذا الاتجاه يرى أنه عقد وكالة؛ لأن العميل يوكل البنك في كتمان الوقائع التي تصل إلى علمه في أثنا ممارسة البنك لوظائفه، وهذه الفكرة هي الأخرى تعرضت للنقد على أساس أن مفهوم الوكالة يتضمن وجود تعليمات من الموكل للوكيل لا يُدرك في التزام البنك بالسر المصرفي، كذلك الوكالة يمكن للوكيل أن يتخلى عن الوكالة في أي وقت، وذلك عكس التزام البنك بالمحافظة على أسرار العملاء، حيث يكون التزام البنك نهائيًا وغير قابل للعدول عنه، أما **أنصار الاتجاه الثاني:** فيرون أن أساس التزام البنك بكتمان سر المهنة، متعلقة بالنظام العام وليس نتيجة لعقد صريح أو ضمني بين العميل والمؤتمن على السر، معللين ذلك بأن المشرع حرص على خلق جو من الثقة بين العميل والأمين على السر ولا

الالتزام ليس مطلقاً، فقد يبرر التحلل منه اعتبارات عامة أو خاصة تفوق في أهميتها مصلحة العميل، ولهذا نصت العديد من التشريعات على بعض الاستثناءات[1] التي يتجاوز البنك عن التزامه بالسرية ويكشف عن بعض المعلومات التي يلتزم بالمحافظة على سريتها في الأحوال العادية.

أولا/ أسباب إفشاء السر المصرفي المقررة للمصلحة العامة.

أن قاعدة السرية المصرفية ليست مطلقة وإنما تعرف استثناءات عديدة وذلك حفاظا على النظام العام فمصلحة الزبون قد تواجه أحيانا مصلحة أكبر هي المصلحة العامة للمجتمع، وأمام هذه الوضعية فضل المشرع تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وسمح بالكشف عن المعطيات والبيانات المصرفية حتى ولو كانت ذات طبيعة سرية إذ تنص المادة 117 في فقرتها الرابعة من الأمر 11/03 على أنه: "تلزم بالسر مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين جميع السلطات ما عدا:

– السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك والمؤسسات المالية.

يمكن لتلك الثقة أن تتحقق إلا بضمان الفرد في عدم خيانة الأمين، ووسيلة ذلك هي فرض الجزاء الجنائي والمدني، واعتماد فكرة النظام العام كأساس للالتزام بالكتمان المصرفي وكافة الأسرار الأخرى إنما يحقق مصلحة المجتمع، خصوصاً أن فكرة السر تتجاوز تطاق العقد، كما أن مصالح المتعاقدين تتعلق بالمجتمع بطريقة مباشرة أو غير مباشره، إلا أن أنصار هذا الاتجاه يرون أن ذلك يقتصر على المسؤولية الجنائية، أما المسؤولية المدنية فإن البنك يسأل على أساس عقدي، ما لم ترفع الدعوي أمام القضاء الجنائي بالتبعية فيتم النظر على أساس تقصيري.

– رضا السيد عبد الحميد، سرية الحسابات المصرفية، مرجع سابق، ص96 – أحمد بركات مصطفى، تحديد نطاق الاحتجاج بالسر المصرفي في "مواجهة السلطات العامة والأشخاص الخاصة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص 16– عبد المولى علي متولي، النظام القانوني للحسابات السرية "دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 290.

[1]– استثنت المادتان (97و98) من البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري بعض الحالات التي يجوز للبنك أن يفشي فيها المعلومات، والبيانات الخاصة بعميله.

كما تنص المادة (12) من هذا القانون على أنه لا يترتب على هذا الإخطار المسؤولية الجنائية أو المدنية أو الإدارية أو التأديبية على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم – بحسن نية– بواجب الإخطار عن أي من المعاملات المشتبه فيها، أو بتقديم معلومات أو بيانات طبقا لأحكام هذا القانون".

- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

- السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لاسيما في إطار محاربة الرشوة وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

- اللجنة المصرفية أو بنك الجزائري التي تعمل لحساب هذه الأخيرة"[1].

وعليه فهذه الفقرة تناولت الأشخاص العامة دون الأشخاص الخاصة، الذين يجوز لهم الاطلاع على السر المصرفي.

ثانيا/ أسباب إفشاء السر المصرفي لمصلحة الأشخاص.

وهي الأسباب التي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

- حكم قضائي أو حكم محكمين.

- طلب المستفيد في الشيك[2].

- حالة رضا العميل.

- دفاع البنك عن نفسه أمام القضاء[3].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لالتزام البنك بالسر المصرفي.

أن اعتماد البنك المتزايد على الحاسب الآلي في جميع عملياته – خاصة تلك المتعلقة بتنظيم حسابات عملائه وتخزين كافة المعلومات والبيانات الخاصة بهم، أو لتقديم الخدمات الإلكترونية لهم والتواصل معهم – أدي إلى تعريض أسرار العملاء للإفشاء بظروف لم تكن متوافرة قبل استعمال الحاسب الإلكتروني، الذي أصبح في وقتنا الحاضر

---

[1]– الأمر رقم 01/03 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض

[2]– أسامة عبد الله قايد ، مقال بعنوان:" المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة"مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي ، المجلد الرابع، 2003 ،ص 1703.

[3]– غنام محمد غنام ، مقال بعنوان:" حدود المسؤولية الجنائية للمصارف المالية عن مخالفة واجب السرية و عن غسيل الأموال" ، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي ، المجلد الثالث، 2003 ، ص1327.

يشكل أكبر تهديد للخصوصية والسرية بشكل عام، نتيجة لقدرته على تجميع كم هائل من المعلومات وتحليلها ومعالجتها وترتيبها بسرعة فائقة، وبالتالي تكوين صورة واضحة عن الفرد بما تغدو المعلومة المجمعة عنه في بعض الأحيان بالغة الخطورة بالنسبة له، إذا تم إفشاؤها، وقد يزيد من تعرض تلك المعلومات للإفشاء عندما يسمح بنقلها وتداولها إلى أجهزة أخرى عبر شبكات إلكترونية معدة لهذا الغرض[1]، كما هو الشأن في استعمال بطاقات الائتمان، التي يتم فيها إرسال أوامر الدفع - وبما تحتويه من بيانات - عبر الشبكات الالكترونية التي تربط البنوك المشتركة بعضها البعض، أو مع عملائها، واستخدامها في عمليات غير مشروعة، أو حتى مجرد التجسس لكشف أسرار العميل المالية والشخصية.

لذا يرى البعض[2] أنه يمتنع على البنك إدخال المعلومات المتعلقة بعملائه إلى الحاسب الآلي حتى لا تكون عرضة للاستخدام غير المشروع أو للانتقال إلى جهات مالية أخرى، فقد يقوم البنك بتقديم تقرير حول مسلك العميل وانتظام معاملاته والوفاء بها، وحدود الائتمان الذي منح له، والفترة الزمنية التي تم التعامل من خلالها، وبالتالي فإن تخزين هذه المعلومات قد يجعل من الممكن إفشاءها، وبالذات عندما يتم تبادلها مع جهات أخرى، مما يؤدي إلى إلحاق أضرار جسيمة بالعميل، خصوصاً عندما تنطوي تلك المعلومات على تعاملات الشخص في مجال الائتمان.

إلا أنه وفي الحقيقة، فإن السماح بتخزين المعلومات البنكية عن العميل لا يعني أن هذه المعلومات قد انتقلت من دائرة الخصوصية إلى دائرة العلانية، كما أن رضا العميل

1-Mpakwana Annastacia Mthembu, op.cit. p 205.

2- عزيزة شريف، مقال بعنوان" التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية وحق البنك في مشروعية التعامل المالي، إشكالية المعلوماتية بين حق الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية"، مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، المنعقد في الفترة من 9- 11 ربيع الأول 1424 هـ، الموافق 10-12 مايو 2003 م المجلد الرابع، ص 1765.

بتجميع وتخزين المعلومات لا يعني حرية تداول ونقل المعلومات إلى الكافة[1]، وإنما يعني ذلك أن الوصول إلى هذه المعلومات وكشفها بطريقه غير مشروعة، يكون أسهل مما كان عليه قبل استخدام البنك لأجهزة الحاسب الآلي، نتيجة لتجميع تلك المعلومات في مكان واحد – بعد تحليلها وترتيبها بما يكون صورة واضحة حول الحالة المالية والشخصية للعميل – وهو ذاكرة الحاسوب الآلي، والواقع أن التزام البنك بالحفاظ على أسرار عملائه لا يختلف في حالة ما إذا استخدم الحاسب الآلي أو لم يتم استخدامه – في ظل التشريع الجزائري الحالي– فهو يخضع للقواعد العامة التي تجرم إفشاء السر المهني بشكل عام، وهو ما أكدت عليها العديد من القوانين المقارنة كضمانة لحماية خصوصية الأفراد المتعاملين معها، كما يخضع هذا الالتزام لقواعد المسؤولية المدنية، بحيث يصبح البنك مسؤولاً عن أي ضرر لحق العميل من جراء إفشاء البيانات والمعلومات المتعلقة به، ولكن التساؤل الذي يطرح حول طبيعة ذلك الالتزام هو: هل يعد التزاماً بتحقيق نتيجة أم بذل عناية؟

يرى بعض الفقه[2] أن التزام البنك بالحفاظ على سرية المعلومات والبيانات المتعلقة بعملائه، التزام ببذل عناية، نظراً لكون تنفيذ هذا الالتزام يرتبط بالعديد من العوامل الفنية والإجرائية التي قد لا يكون جزءاً منها خاضعاً للسيطرة الفعلية للبنك، لهذا يكون على العميل – وفقاً لهذا الرأي – عبء إثبات أن الضرر الذي لحقه بسبب إفشاء بياناته، كان ناتجاً عن تقصير من قبل البنك في الحفاظ عليها.

---

[1]– من الناحية العملية يجب أن يكون الهدف من تخزين المعلومات عن العميل من أجل استعمالها، إما في النطاق من قبل البنك ذاته المسؤول عن الحاسب الآلي ولأغراضه الداخلية، ودون أن يدخل في الاستخدام نقل المعلومات إلى الغير، وإما في النطاق الخارجي عندما ينقل المعلومة لجهة خارجية عن البنك، وذلك لخدمة البنك ذاته مثل جهات الرقابة، وأبرزها رقابة البنك المركزي، وجهات الرقابة التي تشرف على حركة تداول الأموال في إطار رقابة عمليات غسيل الأموال.

[2] –Philippe Neau–Leduc, op.cit, p. 107.

– عبد المولى علي متولي، مرجع سابق، ص276، –عزيزة شريف، مرجع سابق، ص 1967، – محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 78.

بينما يرى البعض من الفقه[1]، أن التزام البنك في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي يسأل عن أي ضرر يحدث للعميل نتيجة انتهاك سرية هذه البيانات بسبب وجود تقصير في النظم الأمنية المسؤولة عن الحفاظ على هذه البيانات، وفي هذه الحالة لا يكون العميل مكلفاً بإثبات هذا التقصير من قبل البنك، بل يكفيه فقط إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة، بحدوث انتهاك السرية بياناته، ولا يستطيع البنك لدفع مسؤوليته في هذه الحالة إثبات قيامه بالاحتياطات الكافية لمنع هذا الانتهاك، بل يحتاج إلى إثبات السبب الأجنبي.

لذا من الضروري على البنك أن يحرص على ضمان حسن التنظيم الفني والإداري للجهة القائمة على الحاسب الآلي، وحسن اختيار الموظفين ووضع النظم اللازمة لرقابتهم، حفاظاً على سلامة المعلومات، فضلاً عن التحديد الضيق والدقيق لدى الموظفين الذين يحق لهم الدخول إلى المعلومات ووسائل التحقق من شخصياتهم، ووضع النظم الفنية الكفيلة لرقابة ذلك، علاوة على ضرورة اتخاذ إجراءات الحيطة اللازمة لمنع تسرب السر إلى غير المسؤول عن الحاسب الآلي، وكذلك للحفاظ على البيانات لمنع تشويهها أو إتلافها أو تحويرها أو اطلاع أشخاص غير مأذون لهم عليها، وإذا قصر البنك في اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على سرية معلومات وبيانات عملائه تحمل المسؤولية القانونية تجاههم.

وبذلك فإن التزام البنك بالحفاظ على أسرار عملائه في إطار استعمال بطاقات الائتمان يخضع للقواعد إلي تحكم السرية المصرفية عموماً، حيث لا يتأثر هذا الالتزام باستخدام البنك للحاسب الآلي، نظراً لأن مثل هذا الالتزام يتعلق باعتبارات الثقة التي يوليها العميل للبنك، وبالتالي فإن الحفاظ على السرية البنكية في إطار استعمال بطاقات الائتمان لا يخضع لأحكام استثنائية في التشريعات التي نظمت استعمال بطاقات الائتمان.

---

[1] Mpakwana Annastacia Mthembu, op.cit. p. 205

– علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص458،– حازم نعيم الصمادي، المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناجمة عن استعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2002م، ص 42.

الباب الثاني

مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان

الباب الثاني

مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان

بعد أن تعرضنا في الباب الأول لالتزامات البنك في بطاقات الائتمان ومصادرها، يكون من الضروري أن نتناول في هذا الباب المشكلات التي يثيرها تنفيذ هذه الالتزامات عند استعمال بطاقات الائتمان، فقد أوجدت الوسائل الالكترونية المستخدمة في تنفيذ هذه العمليات العديد من المشكلات القانونية المعقدة التي لم تحظ بمعالجة قانونية تنظم كل جوانبها من قبل المشرع الجزائري، بما يتفق مع الطبيعة الفنية لهذه الوسائل، والتي أضحت القواعد القانونية التي تحكم العمليات التقليدية في علم البنك عاجزة عن حل الكثيرة منها.

كما أن التنظيم التعاقدي الذي يلجأ إليه الأطراف لم يقدم أي حلول لتلك المشكلات بل إنه زاد من أضرارها وفداحتها، والسبب في ذلك هو استئثار البنك كطرف قوي في العلاقة العقدية بفرض الشروط التعاقدية، بما يحقق مصالحه وحده، دون النظر إلى ما يمكن أن يسببه ذلك من أضرار للمتعاملين معه والذين لا يكون من سبيل أمامهم إلا قبول شروطه أو رفضها.

ولعل أهم المشكلات التي يثيرها استعمال بطاقة الائتمان تلك التي تتعلق بالمسؤولية المدنية للبنك، فقد أثارت مسؤولية البنك أثناء استعمال بطاقات الائتمان العديد من المشاكل، تكمن في الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية البنك وهو ما سنتطرق إليه في **الفصل الأول**، أما **الفصل الثاني** فسنتعرض فيه إلى مشكلة تحديد نطاق هذه المسؤولية نتيجة تدخل العديد من العوامل المؤثرة في مسؤولية البنك بالسلب أو الإيجاب ، فقد أضحت القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني قاصرة عن إيجاد حلول لمثل هذه المشاكل، بما يتفق مع طبيعة الوسائل التي يستخدمها البنك في أثناء ممارسته نشاطه وما يترتب على هذه الوسائل من مخاطر كبيرة بالنسبة لعملائه، وذلك وفقا لما يلي.

الفصل الأول

الأساس القانوني لمسؤولية البنك
في بطاقات الائتمان

الفصل الأول

الأساس القانوني لمسؤولية البنك في بطاقات الائتمان

إن البحث في القواعد التي تحكم مسؤولية البنك عن الأضرار التي تقع نتيجة لممارسته تلك العمليات، يقتضي حقا الاستعانة بالقواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، نظرا لعدم وجود قواعد خاصة تحكم مسؤولية البنوك عن ممارستها نشاطها، لكن الأمر أصبح محل نظر نتيجة اتساع نطاق المسؤولية في الميدان البنكي وازدياد خطورة العمليات التي تقوم بممارستها، فظهرت توجهات جديدة سعى بعضها إلى تحوير بعض القواعد العامة للمسؤولية المدنية بما يتلاءم مع طبيعة العمل البنكي، بينما وجدت توجهات أخرى ضالتها في الخروج عن تلك القواعد ومحاولة تقرير خصوصية للمسؤولية المدنية للبنوك، بالاعتماد على النظريات الفقهية والقانونية المعروفة في هذا الصدد.

وسنقوم في هذا الفصل ببحث أساس المسؤولية المدنية للبنك عن اعتماد خدمة بطاقات الائتمان، من خلال البحث في القواعد العامة للمسؤولية المدنية في (المبحث الأول)، ثم سنتعرض للتوجهات الحديثة في تأسيس هذه المسؤولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القواعد العامة للمسؤولية المدنية للبنك في بطاقات الائتمان

تعرف المسؤولية المدنية بأنها: "التزام يفرضه القانون على شخص معين بتعويض الضرر الذي أحدثه للغير"[1]، ويشمل اصطلاح "المسؤولية المدنية" على نوعين من المسؤولية هما: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وتقوم المسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزام عقدي، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير[2].

وتقوم المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية على ثلاثة أركان، هي: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، بحيث إذا انعدم أحد هذه الأركان انعدمت المسؤولية.

وإذا كانت القواعد العامة تقتضي في المسؤولية المدنية بضرورة التمييز بين المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالعقد وتلك الناتجة عن الإخلال بالالتزام القانوني، ولما كان التزامات البنك في بطاقات الائتمان هي التزامات مستقلة في مواجهة كل من الحامل والتاجر عن كل العلاقات القانونية السابقة عليه، إلا أن العميل- الحامل أو التاجر- يرتبط مع البنك في بطاقات الائتمان بعقود تتحدد من خلالها التزاماتهم، وهي عقد فتح الحساب المصرفي الذي يتم إجراء التحويل من خلاله، وعقود تقديم أدوات استعمال البطاقة للتاجر والبطاقة للحامل الذي من خلالها يتعامل مع حساب كل منهما، وأي إخلال من أحدهم بالتزاماته التي تضمنتها تلك العقود، يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية في مواجهة الآخر (المطلب الأول)،

---

[1]- محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء -دراسة في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الفرنسي-، مكتبة دار النهضة المصرية، القاهرة، 1957م، ص 3- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص7.

[2]- محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني، مكتبة الجيل الجديد، دمشق، 2011، ص 135.

لكن بما أن بطاقات الائتمان تتسم بالتعقيد وغلبة الطابع التكنولوجي على وسائلها وإجراءات استعمالها، فقد زادت فروض وقوع الضرر، فروض لم يكن البنك أو العميل يتوقعها عند إبرامه العقد، وقد دفعت هذه الوضعية إلى محاولة الفقه والقضاء اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ومحاولة مساءلة البنك طبقا لقواعدها (المطلب الثاني)، بهدف تحقيق حماية أكبر للمضرور.

المطلب الأول

المسؤولية العقدية الناشئة عن عقود البنك في بطاقات الائتمان

إذا كان البنك والعميل يرتبطان في بطاقات الائتمان بعقود تنظم حقوق، والتزامات كل منهما، فإن مسؤولية البنك تقوم في حالة إخلاله بأحد الالتزامات الناشئة عن تلك العقود، وبما أن البنوك تستغل مركزها القوي وحاجة العملاء لخدماتها، فإنها لا تضمن العقود التي تبرمها مع عملائها كامل الالتزامات التي تقع على كاهلها، محاولة منها التخفيف من مسؤولياتها، مما جعل هذه الوضعية تؤدي إلى ظهور توجهات حديثة حاولت أن توسع من نطاق مسؤولية البنك العقدية بهدف تحقيق أكبر قدر من الحماية لعملائه[1]، وبذلك فإنه لا بد من البحث عن شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك في (الفرع الأول)، ثم نتناول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية للبنك عن استعمال بطاقات الائتمان في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك.

تقوم المسؤولية العقدية إذا توافر شرطان، الشرط الأول يقتضي وجود عقد ينظم العلاقة بين المضرور والمسؤول عن الضرر، والثاني أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناشئا عن الإخلال بالتزام متولد عن العقد.

[1]– سليمان ضيف الله مطلق الزبن، العمليات لمصرفية المنفذة بالبطاقات البنكية الرقمية ومسؤولية البنوك أمام المستهلك الالكتروني، دار النهظة العربية، القاهرة 2016، ص294.

الشرط الأول: وجود عقد يربط بين البنك والعميل

يشترط لقيام مسؤولية البنك في مواجهة عميله في بطاقات الائتمان، أن يكون هناك عقد صحيح ينظم العلاقة بينهما[1]، فإذا لم يكن هناك عقد فلا يمكن الحديث عن قيام مسؤولية البنك العقدية، وتمتاز عملية استعمال بطاقات الائتمان بأن علاقة البنك بالعميل فيها تقوم على مجموعة من العقود مع كل من البنك وعملاءه وهي معظمها ذات طبيعة خاصة، ابتدعها العمل المصرفي وطورتها عاداته التي تمتاز بسرعة نشأتها وانقضائها، بحيث يكون من الصعب الفصل بين مختلف تلك العقود في الكثير من الأحيان، فالعلاقة بين البنك والحامل وإن كانت منفصلة عن العلاقة بين البنك والتاجر لا يمكن أن تحقق لنا إمكانية استعمال البطاقة دون قيام العقد الثاني.

أن سعى البنوك إلى الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة في تطوير أنشطتها وتحقيق أكبر قدر من الأرباح من خلال القدرة على المنافسة بجلب أكبر عدد من العملاء، فإنها تحاول توظيف تلك التكنولوجيا في تقديم خدماتها لعملائها، ومن ذلك استخدامها في عمليات نقل وتحريك أموال العميل المودعة لديها، يجعلها تتعرض للمخاطر الكبيرة، ولضرورة حمايته من مخاطرها فإنه لا يستخدمها العميل بشكل تلقائي كما هو الشأن في باقي الخدمات التي يقدمها البنك لعميله، بل تقوم البنوك بإبرام عقود مستقلة مع العملاء تنظم العمل بتلك الوسائل، وتحدد حقوق وواجبات كل من البنك والعميل بخصوصها، مما أدى إلى ظهور عقد جديد يضاف إلى مجموع العقود السابقة التي تنظم علاقة البنك بعميله[2]، الأمر الذي يجعلنا أمام مشكلة عملية تتمثل في كيفية النظر إلى تلك العقود عند حدوث نزاع بين العميل والبنك، فهل يمكن النظر إلى كل عقد بشكل منفرد لتحديد حدود العلاقة بين العميل والبنك،

---

[1]–Philipe Le Tournau, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2009, P314.

[2]– علي البارودي– محمد فريد العريني، القانون التجاري والعقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر ،2001ص303. – محمود أبو فروة، مسؤولية البنك في عمليات التحويل الالكتروني، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، عمان،2014، ص 121.

أم أن هناك عقدا أصليا وبقية العقود تابعة له، ومتفرعة عنه، بحيث نرجع أولا إلى أحكامه، وفي حالة عدم تنظيمه لمسألة معينة نستعين بأحكام وشروط العقود الأخرى التابعة له؟

للإجابة عن ذلك يرى بعض الفقه[1] أنه لا يمكن النظر إلى كل عقد من العقود الناشئة بين البنك والعميل بشكل مستقل، وإنما ينظر إليها على أساس وحدة العلاقة وقيامها داخل إطار واحد وهو الحساب المصرفي، الذي يمثل العلاقة الرئيسية التي تجمع البنك والعميل، فهذا العقد المركب يتضمن من الخصائص ما يجعله يستجيب بصورة كبيرة لجميع العمليات التي يتضمنها.

ووفقاً لهذا الرأي فإن العقد المبرم بين البنك والعميل بخصوص بطاقات الائتمان لا يمكن فصله عن العقود السابقة أو التعامل معه بشكل مستقلة عن عقد الحساب المصرفي الذي يتم الوفاء منه بالنسبة للحامل وإليه بالنسبة للتاجر.

إلا أن هناك اتجاها آخر[2] –نؤيده– يرى أن الارتباط الظاهري بين مختلف العقود لا ينفي استقلاليتها عن بعضها البعض[3]، فقيام البنك بتسجيل جميع العمليات التي تتم بالبطاقة في الحساب يرجع لكون هذ الأخير هو الوسيلة المحاسبية التي تنظم علاقة مختلف الأطراف من الآثار المترتبة عن مختلف العمليات، فهو أداة لتنظم العلاقة لا أكثر، كما أن فتح الحساب لا يعطي العميل الحق في الاستفادة من خدمات بطاقات الائتمان بشكل تلقائي،

---

[1]– علي البارودي محمد فريد العريني، المرجع نفسه، ص 304.

[2]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 122.

[3]مختلف العقود التي تجع بين البنك والعميل، كعقد الحساب وعقد الوديعة، أو فتح الاعتماد لا تؤدي إلى تطبيق أحكام هذه العقود الأخيرة إلا فيما يتعلق بحدود كل منهما، فالالتزامات المتعلقة بها لا تتداخل مع التزام البنك بخصوص بطاقات الائتمان، لأن العلاقة التي تجمع البنك مع العميل بخصوص هذه الأدوات لا تنظم سوى الكيفية التي يتم فيها استخدام هذه الوسائل وحقوق والتزامات كل طرف من الأطراف بخصوصها، فبطاقة الائتمان ما هي إلا أداة للتعامل في الأموال الموجودة في حساب العميل المفتوح لدى البنك، سواء كان مصدر هذه الأموال وديعة أو اعتمادا، أما العقد المبرم بخصوصها ينظم أحكام استخدامها فقط، ولا يتعدى ذلك ليتداخل مع عقد الوديعة أو الاعتماد، لذا فلا يمكن القول بتطبيق أحكام الوديعة أو الاعتماد على بطاقة الائتمان، بل إن هذه الأحكام تنطبق على الوديعة نفسها وعلى الاعتماد نفسه، وليس على أداة التعامل فيها.

كما هو الشأن بالنسبة لخدمة الخزينة التقليدية، إذا لا بد من إبرام عقد خاص بها بالنظر لحداثة استخدامها وطبيعتها الخاصة أو المخاطر الناجمة عن استخدامها.

فوجود إطار تعاقدي ينظم العلاقة بين البنك والعميل بخصوص بطاقات الائتمان يضع حدود المسؤولية المدنية الناتجة عن العمل به، وتتمثل هذه الحدود في الإخلال بالمقتضيات العقدية الواردة في العقد نفسه، فإذا كانت الأضرار التي لحقت العمل ناتجة عن الإخلال بالالتزامات الواردة في عقد الاستفادة من خدمة بطاقات الائتمان، فإن مسؤولية البنك تقوم على أساس هذا العقد، أما إذا كانت الأضرار ناتجة عن مسائل أخرى، أي لم يكن مصدرها عقد الحامل أو عقد التاجر، فإن مسؤولية البنك تستند إلى العقود الأخرى، مثل عقد فتح الحساب، أو عقد الوديعة، حسب الأحوال.

الشرط الثاني: الإخلال بإحدى الالتزامات التي يرتبها العقد.

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية للبنك أن يرتبط معه العميل المضرور بعقد صحيح، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون الخطأ الذي سبب الضرر للعميل ناشئا عن الإخلال بأحد الالتزامات التي يرتبها العقد، وإذا كان الإخلال بالالتزام العقد شرطا لقيام المسؤولية العقدية للمدين فإنه في الوقت نفسه يمثل ركن الخطأ العقدي، والخطأ العقدي هو الإخلال الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد بين المتعاقدين[1]، وهذا الإخلال تتعدد صوره وأشكاله، ولكن لتحديد مضمونه لا بد من معرفة طبيعة الالتزام العقدي إذا ما كان التزاما ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة.

فربط الخطأ بطبيعة الالتزام – من الناحية العملية– يضع الحلول الجذرية لمشكلة متى يوجد الخطأ العقدي الموجب لقيام المسؤولية ومتى لا يوجد[2].

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 566.

[2]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص312.

فالالتزام ببذل عناية[1] هو الذي يلتزم المدين بمقتضاه بالعناية الواجبة عليه قانونا أو اتفاقا، وأن يبذل ما في وسعه لأجل تنفيذ التزامه دونها تعهد بتحقيق غاية، فهو ملزم باستخدام جميع الوسائل الممكنة للوصول إلى هذه النتيجة، سواء تحقق بالفعل أم لا.

ويقاس مسلك المدين في مدى قيامه بالعناية المطلوبة منه في تنفيذ التزامه، بمسلك الرجل العادي الذي يوجد في نفس الشرط[2]، وعنايته معيارا للوفاء بهذا الالتزام ويقع على الدائن إثبات وجود إهمال أو تقصير المدين في القيام بواجبه في بذل العناية المطلوبة لتنفيذ التزامه، وبذلك فإن المسؤولية العقدية في هذه الحالة تقوم على الخطأ الواجب الإثبات.

أما الالتزام بتحقيق نتيجة فيعني أن المدين ملتزم بتحقيق نتيجة معينة، ويعتبر مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة المرجوة من التزامه، بغض النظر عن مقدار المجهود الذي بذله في تنفيذ التزامه، فلا ينظر إلى سلوكه في هذه الحالة وإنما إلى تحقيق نتيجة من عدمها[3]، ولا يكون على الدائن إثبات ذلك الخطأ من جانب المدين، وإنما يقع عليه إثبات وجود العقد الذي تضمن ذلك الالتزام، فإذا أثبت ذلك فإن عبء إثبات تحقق النتيجة المرجوة يقع على المدين، فإذا لم يستطع إثبات تحقق النتيجة المقصودة من التزامه، فإنه يتحمل المسؤولية (العقدية) عن الضرر الذي يحدث للدائن نتيجة ذلك، ولا تنتفي مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي.

وقد انتقد بعض الفقه[4] وصف عدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة بأنه خطأ، لأن التوصل إلى الخطأ يستلزم البحث في سلوك المتعاقد، وفيما إذا كان قد انحرف عن سلوك

---

[1]– نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 172 من القانون المدني.

[2]– معيار التقدير عام مجرد إذ يتطلب من المدين درجة التزام وسطى من العناية كانت درجة شدة أو اعتداله، أو تساهله في العناية بشؤونه الخاصة – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص313.

[3] – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص312.

[4]– أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الموضوعية والشخصية، دراسة تحليلية وقضائية، بحث منشور في مجلي الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية ، مصر، العدد

الشخص المعتاد أم لا، وهو ما يتناقض مع مضمون الالتزام بتحقيق نتيجة، فالمتعاقد لا يستطيع – وفقا لهذا الاتجاه- التخلص من مسؤوليته بإثارة فكرة السلوك، كأن يثبت بأنه تصرف وفقا لسلوك الشخص المعتاد في سبيل تحقيق تلك النتيجة، بل لا يتخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت أنه سلك ما هو أسمى من سلوك هذا الشخص، لعدم تعلق تحقيق النتيجة من عدمها بالسلوك، لهذا يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مسؤولية المتعاقد في هذه الحالة مسؤولية موضوعية لا تؤسس على الخطأ، وإنما على أساس رابطة السببية بين نشاط المسؤولة والضرر الذي سببه للآخر دون أن يكون ثمة وجود ركن الخطأ.

إلا أن بعض الفقه ينكر قيام المسؤولية المدنية بدون توافر ركن الخطأ حيث يرى أنه لا بد من أن تتوافر فيها أركانها الثلاثة، الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية، والخطأ في إطار المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه بتحقيق نتيجة –وفقا لهذا الاتجاه- خطأ مفترض في جانب المدين.

غير أن البعض من أصحاب الاتجاه الأول[1] قد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يؤدي إلى الخلط بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، وحجتهم في ذلك أن المدين يستطيع أن ينفي عن نفسه الخطأ المفترض بإثبات أنه قد بذل العناية الواجبة ولم يقصر ورغم ذلك خابت النتيجة.

وهناك اتجاه[2] يرى أنه لا صعوبة في استخلاص الخطأ إذا كان محل الالتزام تحقيق نتيجة، لأن عدم تحقيق النتيجة هو بحد ذاته الخطأ العقدي الموجب للمسؤولية.

مما سبق يتضح لنا ازدواجية معيار الخطأ في المجال العقدي، وتلعب طبيعة الالتزام دورا كبيرا في ذلك، وهذا ما أدركته البنوك وحاولت جاهدة الاستفادة من تلك الازدواجية في

الثاني،2009 – صبير حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية : دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، دار شتات، المحلة الكبرى، القاهرة، 2010، ص 25.

[1]– أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص361.

[2]– عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص 571، – محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 154.

العقود التي تبرمها مع عملائها، فنجد أنها بخصوص استعمال بطاقات الائتمان، تعتبر معظم الالتزامات التي تضمنها العقود المبرمة مع عملائها والتي تقع على عاتقها التزامات ببذل عناية لكي تنقل عبء الإثبات إلى العميل، هذا بالإضافة إلى أنها لم تضمن تلك العقود إلا الحد الأدنى من الالتزامات، ومعظم الشروط التي نجدها في تلك العقود هي عبارة عن التزامات تقع على عاتق العميل الذي يستحيل عليه أن يثبت في كثير من الحالات صدور أي تقصير أو إهمال من طرف البنك في بذل العناية المطلوبة منه.

وقد أيقنت بعض التشريعات مسلك البنوك في ذلك عند تغليب مصالحها على حساب مصالح عملائها، وحاولت أن تحمل البنك المسؤولية في أغلب الحالات، وأن تقلب عبء الإثبات على البنك الطرف الأقوى في الرابطة العقدية، ومن ذلك ما فعله المشرع الفرنسي والذي حمل البنك المسؤولية عن أي أضرار تلحق بعملائه في بطاقات الائتمان، والذي لا يستطيع البنك أن ينفي مسؤوليته إلا في حالة الإخلال الذي يصدر من العميل في إطار القيام بالتزاماته ، بشرط أن يكون خطأ العميل جسيما[1].

ولا شك أن هذه النصوص تكرس الشروط التعاقدية إلى أبعد مدى، دون مراعاة لبعض العقود التجارية التي تتميز بطبيعة خاصة – كما هو الشأن في العقود البنكية الإلكترونية– تجعل أحد طرفيها بحاجة ماسة لحمياته من الطرف الآخر الذي يتمتع بنفوذ وقوة اقتصادية وقانونية ومعرفية تجعله يفرض الشروط التي تصب دائما في مصلحته، والتي تلقى عبء إثبات الخطأ على العميل، حيث يكون من الصعب أن لم يكن من المستحيل عليه، في كثير من الحالات إثبات ذلك.

كما أن تحديد نطاق الخطأ العقدي عن الإخلال بالالتزامات الواردة في العقد، يثير إشكالات بخصوص مدى مسؤولية البنك التعاقدية عن الالتزامات التي تجد مصدرها خارج هذا العقد، خصوصا إذا ما علمنا أن التنظيم التعاقدي للعلاقة بين البنك والعميل يقتصر

[1]– أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص361.

على الحدود الدنيا، فتبقى الكثير من القواعد المطلقة على العلاقة بينهما محكومة بمقتضى الأعراف والعادات المستقرة في العمل البنكي.

وحتى في الحالات التي تجد مصدرها في العقد، فإن البنك يمتلك من الوسائل ما يمكنه من التهرب من مسؤوليته، فهناك العديد من الحالات التي يكون في ظاهرها قيام البنك بتنفيذ التزامه لكن هذا التنفيذ في حقيقة الأمر لا يكون وفقا للشكل المتفق عليه، وإنما يكون معيبا أو ناقصا، وهنا يكلف العميل بإثبات أن البنك لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذا صحيحا، ومما لا شك فيه أن البنك يمكنه دائما، سواء كان عدم تنفيذه لالتزامه كليا أو جزئيا أن يعفى نفسه من المسؤولية بإثبات وجود السبب الأجنبي[1].

وإزاء هذه الوضعية فإن تطبيق القواعد العامة في مسؤولية البنك العقدية تجعل من الصعب على العميل إقامة مسؤولية البنك عن الأضرار التي تقع له نتيجة استخدامه لبطاقة الائتمان، الأمر الذي دفع بجانب من الفقه للبحث عن وسيلة أخرى لإقامة مسؤولية البنك عن تلك العمليات التي تمت بالبطاقة، آخذين في الاعتبار عدم الخروج عن العلاقة العقدية التي تجمع البنك وعملاءه.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية العقدية للبنك في بطاقات الائتمان.

إذا كان الأصل أن المتعاقد يسأل عن خطئه على أساس المسؤولية العقدية الشخصية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات، فإن التطورات التكنولوجية والصناعية غيرت كفة التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، حيث يوجد أحدهم في مركز المسيطر، نظرا لما يمتلكه من نفوذ اقتصادي، ومعرفة وخبرة ودراية كبيرة بخصائص وطبيعة الآلات والأجهزة والوسائل التكنولوجية الحديثة، في مقابل طرف يعتريه الضعف الاقتصادي والمعرفي، ويجهل الكثير حول طبيعة وخصائص الوسائل المتطورة وكيفية التعامل معها، هذا الاختلاف في المساواة بين أطراف العقد، كان له الأثر البالغ في عجز الخطأ الواجب الإثبات ليكون أساس يعول

[1]- محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 127.

عليه في تحديد المسؤولية العقدية للطرف المسيطر في العلاقة التعاقدية، حيث يؤدي تطبيقه إلى إهدار حقوق الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

ونتيجة ذلك القصور فقد لجأ جانب من الفقه إلى التوسع في مفهوم الالتزام العقدي – في العلاقة التي تربط المهني "البنك" بالطرف الضعيف "العميل"– وفهمه على أن البنك مسؤولة عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ العقد، بينما البعض الآخر حاول البحث عن أساس آخر بافتراض أن هناك التزاما عقديا على البنك يوجب عليه الالتزام بسلامة عملائه من الأضرار التي قد تحدثه لهم الآلات والأجهزة التي يستخدمها في تنفيذ التزاماته العقدية.

أولا : المسؤولية العقدية عن فعل الشيء كأساس لمسؤولية البنك

لمعرفة مدى إمكانية تطبيق فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء كأساس لمسؤولية البنك في اعتماده لخدمات بطاقات الائتمان، فإن البحث يقتضي منها بيان شروطها، ثم بيان موقف الفقه منها للحكم على مدى صلاحيتها من عدمه.

1 / شروط المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء كأساس لمسؤولية البنك في بطاقات الائتمان

في البداية لا بد من أن نشير إلى أنه لا توجد هناك نظرية عامة تحكم المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء لعدم تنظيم المشرع لأحكامها في قواعد واضحة وصريحة يمكن الاستناد إليها عند بحث هذا الموضوع، كما أنه لا توجد دراسات فقهية معمقة لهذا النوع من المسؤولية توضح مفهومها وشروطها، وإنما توجد دراسات مقتضبة، وكان تركيز الفقه على المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء لوضوح الأحكام القانونية المنظمة لها وكونها المجال الرئيسي للمسؤولية عن فعل الأشياء. [1]

[1]– نوري حمدي خاطر، مرجع سابق، ص1802.

لذا يرى بعض الفقه[1] أنه يلزم لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء من توافر عدة شروط، وذلك على النحو التالي :

أ– وجود عقد صحيح بين المدين والمضرور

ب– أن يكون الضرر ناجما عن إخلال بالتزام عقدي، وقد تناولنا هذين الشرطين بشيء من التفصيل في هذا المطلب، فنحيل على ما سبق لعدم التكرار

ج– أن يكون الشيء الذي أحدث الضرر تحت حراسة المدين وقت حدوث الضرر، وأن تكون له السيطرة الفعلية على الشيء، ويباشره لحساب نفسه كما سنرى لاحقا.

د– أن لا يكون الضرر الذي أصاب المضرور راجعا إلى الفعل الشخصي للمدين، وإنما نتيجة تدخل إيجابي من فعل الشيء، ويتحقق ذلك في حالتين[2] :

الحالة الأولى : أن يكون الشيء محلا للعقد، ويتحقق ذلك في فرضين :

– أن يكون الدين ملتزما بتسليم الشيء محل العقد إلى الدائن كتسليم البائع المبيع إلى المشتري فيلحق الأخير ضرر بسبب انفجار المبيع، فتقوم مسؤولية البائع عن فعل الشيء المبيع، ولا يقصد هنا مسؤوليته عن وجود عيب خفي فيه، حيث يكون للشيء مجرد دور سلبي، وإنما عن انفجاره، أي وجود دور إيجابي له.

– أن يكون المدين ملتزما برد الشيء محل العقد إلى الدائن، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة، فيتدخل شيء آخر من حراسة المستأجر – كمواد متفجرة– تدخلا إيجابيا يتسبب عنه حريق العين، وهنا يسأل المستأجر عن فعل الشيء، وهو المواد المتفجرة، وليس العين المؤجرة.

---

[1]– يحي أحمد موافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 176.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 583.

الحالة الثالثة أن يكون الشيء مستخدما في تنفيذ العقد، وفي هذه الحالة يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استخدام شيء ما فيلحق الدائن الضرر بفعل هذا الشيء، كالناقل يستخدم وسيلة النقل، فإذا وقع حادث نشأ عنه ضرر بالراكب قامت مسؤولية الناقل، إذا يكون المدين في هذه الحالة مسؤولا عن سلامة الدائن.

فإذا ما توافرت الشروط السابقة، فما مدى إمكانية تطبيق أحكام المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء في بطاقات الائتمان؟

2/ موقف الفقه من فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء كأساس لمسؤولية البنك في بطاقات الائتمان.

يرى البعض[1] أنه في حالة عجز القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية عن توفير حماية للعميل من الأضرار التي يسببها له النظام الإلكتروني للبنك في أثناء اعتماده لخدمات بطاقات الائتمان، فإنه يمكن الاعتماد على قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، وهذه القواعد – وفقا لهذا التوجه– تطبق على جميع الحالات التي يقع فيها ضرر للعميل من جراء استخدام النظام الإلكتروني ، وهي تقوم على ذات القواعد التي تقوم عليها قواعد المسؤولية التقصيرية في حراسة الأشياء، وباعتبار البنك حارس للنظام الإلكتروني، فيفترض الخطأ من جانبه، لأنها تكون له السيطرة الفعلية على النظام الإلكتروني للبطاقات الائتمان، وتوجيهه ورقابته، وما دام يمتلك السلطة فإنه يفترض عليه أن يقوم بدور إيجابي للحيلولة دون وقوع الضرر باعتباره حارسا له ويستند هذا التوجه إلى أن الشيء الذي يستخدمه البنك في بطاقات الائتمان لا يخرج عن إطار العقد نفسه، طالما أن هذا الشيء تحت حراسته وله حق رقابته وتوجيهه، فتقوم مسؤولية كمسؤوليته عن فعله الشخصي، وبالتالي يتحمل البنك

---

[1]– حسام الدين كامل الأهواني، حماية أنشطة البنوك من مخاطر استخدام الحاسبات الالكترونية، بحث منشور ضمن مجموعة أبحاث بعنوان الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 1991، ص221.

المسؤولية وفقا لهذا التوجه، دون حاجة إلى إثبات وقوع الخطأ من جانبه ما دام وأن خطأه مفترض، لأنه ملزم بالحفاظ على ودائع عميله، وهو التزام بتحقيق نتيجة ولا يستطع دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، والقول بغير ذلك يعني إعطاء البنك فرصا للتخلص من واجباته بذريعة تعطل الأجهزة والآلات أو البرامج أو قصورها عن أداء ما أسند لها أو تلفها أو إصابتها بفيروس، رغم أنها تحت تصرفه وحراسته.

إلا أن هناك اتجاها آخر من الفقه[1] ينكر إمكانية إقامة مسؤولية البنك على أساس المسؤولية العقدية من فعل الأشياء إذا حدث الضرر للعميل بسبب الشيء الذي يستخدمه البنك في تنفيذ التزامه، وحجته في ذلك أن العقد الرابط بين البنك وحامل البطاقة أو التاجر القابل لها ينحصر في نطاق تطبيقه على الالتزامات الواردة في كل عقد، دون أن يمتد إلى الأشياء التي يستخدمها طرفاه في تنفيذ التزاماتهما، وبذلك إذا وقع الضرر للعميل بفعل النظام الإلكتروني الذي يستخدمه البنك، فإن هذا الأخير يسأل على أساس المسؤولية غير العقدية، لأن الضرر غير ناتج عن إخلال بالتزام عقدي بل عن فعل شيء يلحق ضررا بالدائن أو الغير، ومركز الدائن المضرور إذا كان متعاقد أم لا ليس له تأثير في تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن الضرر الواقع بسبب الشيء المستخدم في تنفيذ العقد، لأنه ليست كل الأضرار التي تصيب المتعاقد قد توجب مسؤولية مرتكبها تعاقديا، فالعبرة بتحديد مصدر الضرر لا الشخص المضرور.

يتضح لنا مما سبق أن الفقه الذي سعى إلى إقامة مسؤولية البنك العقدية عن أساس فعل الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ التزاماته حاول إقحام قواعد المسؤولية التقصيرية في غير مجالها الطبيعي من خلال استعارة القواعد الخاصة بحراسة الأشياء بهدف الاستفادة من الأساس الذي تقوم عليه هذه القواعد، وهو الخطأ المفترض من جانب الحارس (البنك)، لكي ينقل عبء الإثبات على هذا الأخير بدلا من العميل الدائن.

---

[1]– نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص1804.

وبذلك فإنه لا يمكن التسليم بهذا الاتجاه، فهو يؤدي إلى خلط وتضارب بين قواعد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، دون أن يكون هناك أي سند قانوني، كما أنه من الصعب تطبيق ذلك من الناحية الواقعية، فإذا كانت البنوك تحرص غالبا على أن تضمن العقود المبرمة مع عملائها شروطا تجعل الالتزامات التي تقع على عاتقها التزامات بذل عناية، مما يجعل الخطأ العقدي الذي تسأل عنه هو عدم بذل العناية المطلوبة، بحيث يكون على الدائن عبء إثبات إهمال المدين وعدم بذل العناية المطلوبة، لعدم اتخاذه الاحتياطات الكافية، فإن هذا ما يتعارض مع الأساس الذي حاول أصحاب الاتجاه السابق استعارته لقلب عبء الإثبات على عاتق البنك المدين، فهذا الأخير قد يتمسك عند عرض النزاع على القضاء ببنود العقد وشروطه، الأمر الذي يجعل القضاء ملزما بتطبيق المقتضيات العقدية، دون أن يطبق قواعد قانونية في غير مجالها الطبيعي، ودون أن يكون هناك سند قانوني لها ، مهما تشدد في حماية العميل.

هذا بالإضافة إلى أن إمكانية نفي البنك لمسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي – وفقا للقواعد التي تبناها الاتجاه السابق– تفرغ أي حماية من مضمونها، نظرا لسهولة إمكانية البنك التخلص من مسؤوليته، بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ وإنما كان الضرر الذي أصاب العميل نتيجة لسبب أجنبي لا يد له في حدوثه[1].

كما أنه لو افترضنا جدلا صحة هذا الاتجاه ليصبح من حق العميل أن يجمع بين قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية – وهذا غير ممكن – فلا يجوز للشخص أن يجمع بين ما يقوم باختياره من خصائص كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية للحصول على تعويض وفقا لما هو أصلح له في قواعد كليهما، فلكل من دعوى المسؤولية العقدية والتقصيرية خصائصها الخاصة بها، والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين، أما

---

[1]– شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مرجع سابق، ص 60.

الدعوى التي يخلط فيها بين خصائص كل من الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا الدعوى التقصيرية، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون[1].

لذا فلا وجود لنظام قانوني مستقل للمسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، فالمدين يسأل عن عدم تنفيذ التزاماته مسؤولية شخصية، سواء كان هذا راجعا إلى فعله الشخصي أو إلى فعل أشياء أخرى في حراسته، فمسؤوليته متحققة في الحالتين وتطبق القواعد ذاتها على كل منهما، ويعتبر فعل الشيء –سواء كان المدين قد سلمه للدائن أو استعمله في تنفيذ التزامه العقدي– هو فعلا شخصيا للمتعاقد، لأن الشيء في حراسته، وهو مسؤول عنه، مما يجعل فعل هذا الشيء منسوبا إلى المدين وكأنه صادر منه شخصيا[2].

وما دام أن قواعد المسؤولية العقدية الشخصية هي المطبقة على المسؤولية العقدية على فعل الأشياء، فإن هذه الأخيرة لم تأت بجديد بخصوص أساس المسؤولية وطبيعتها، حتى يمكن القول : أن البنك يكون مسؤولا عن الأضرار التي تصيب العميل على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، فهي لا تحقق الحماية الكافية للعميل، شأنها شان المسؤولية عن الخطأ الشخصي للمدين، الأمر الذي دفع جانبا من الفقه إلى البحث عن أساس آخر لمسؤولية البنك، يهدف إلى تحقيق أكبر قدر من الحماية للعميل الطرف

---

[1]– الإجماع مستقر على عدم جواز الجمع بين قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية إذا توافر في الفعل شروط المسؤوليتين، باي صورة كانت، سواء تمثل الجمع في مطالبة الدائن بتعويضين : تعويض عن المسؤولية العقدية وآخر عن المسؤولية التقصيرية، وأن يرفع الدائن دعواه عن إحدى المسؤوليتين، فإذا خسرها رفع دعواه عن الدعوى الأخرى، فذلك لا يجوز على أساس أن قوة الشيء المقضي به يحول دون ذلك، وقد يتمثل الجمع في الدعوى الواحدة ما يراه الأصلح له من خصائص المسؤولية العقدية ومن خصائص المسؤولية التقصيرية، لأن الدعوى التي يخلط فيها بين خصائص كلتا الدعويين، دعوى غريبة لا يعترف بها القانون، لا هي عقدية ولا تقصيرية.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 626– محمد عبد الظاهر حسن، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية عن العلاقة المتبادلة بين نوعي المسؤولية ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2012م، ص 33، – فايز أحمد عبد الرحمان، المسؤوليتان العقدية والتقصيرية، ومدى أحقية المضرور في الجمع أو الخيرة بينهما، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص 130.

الضعيف في الرابطة العقدية، دون الخروج في هذا الأساس عن الإطار التعاقدي الذي يربط هذا الأخير بالبنك.

ثانيا/ تأسيس مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان على أساس الالتزام بضمان السلامة

اتضح لنا مما سبق أنه لا يمكن الاعتماد على قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الشيء لتأسيس مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان كونها لا تحقق الحماية الكافية للعميل المضرور في مواجهة البنك أثناء استعمال بطاقات الائتمان، نظرا لحداثة تلك العمليات وتعقيد الأنظمة الإلكترونية التي تنفذ من خلالها، والذي يصعب – في كثير من الأحيان– على العميل في ظل هذه الأنظمة الحديثة إثبات الخطأ من جانب البنك، لامتلاكه وسيطرة هذا الأخير على تلك الأنظمة وما تحتويه من أدلة إثبات[1].

لذا يطرح التساؤل حول مدى إمكانية إقامة مسؤولية البنك على أساس افتراض وجود التزام عقدي على البنك بضمان سلامة عملائه، دون أن يكون ذلك خروجا عن النطاق العقدي الرابط بين البنك والعميل، بهدف الاستفادة من مميزات هذا الالتزام في توفير الحماية للعميل المضرور.

والالتزام بضمان السلامة من الالتزامات التي ابتدعها القضاة لمواجهة مخاطر التطور العلمي وكفالة حق المضرور في التعويض وجابر للضرر.

فالهدف من هذا الالتزام الذي نشأ في كنف بعض العقود، حماية المضرورين بعدم إلزامهم بإثبات خطأ المسؤول للحصول على التعويض، وعدم السماح للمسؤول بأن يدفع عن نفسه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الضرر.

وإدراج القضاء الالتزام بضمان السلامة في النطاق العقدي كان يقصد منه تكملة العقد، بإضافة التزام ثانوي إلى الالتزامات الرئيسية بين المتعاقدين، على الرغم من أن هذا

[1]– نوري حمد خاطر ، مرجع سابق، ص 68– سليمان ضيف الله مطلق الزبن، مرجع سابق ص 300.

الالتزام يجد نطاقه الحقيقي في قواعد المسؤولية التقصيرية، فهو يعبر عن الواجب العام المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير، وافتراض أن العقد يتضمن هذا الواجب العام أدى إلى توسيع نطاق المسؤولية العقدية على حساب المسؤولية التقصيرية التي فقدت مجالا أصيلا لها في تعويض الأضرار الجسدية[1].

لذا فإن الالتزام بضمان السلامة الذي افترض القضاء والفقه بوجوده في النطاق العقدي، والذي يترتب على عدم تنفيذه مسؤولية أحد المتعاقدين، يقودنا إلى التساؤل بخصوص التزامات البنك في بطاقات الائتمان، هل يمكن أن تتضمن مثل هذا الالتزامات باعتبارها من الالتزامات التي تنشأ بناء على عقود بين البنك وعملائه، بحيث يؤدي مخالفتها لوقوع أضرار للعميل إلى إقامة مسؤولية البنك العقدية عنها؟.

للإجابة عن هذا لتساؤل يجب البحث عن شروط هذا الالتزام لمعرفة مدى تطبيقها على مسؤولية البنك عن الأضرار التي تلحق العميل نتيجة استخدام النظام الإلكتروني في بطاقات الائتمان.

1 / شروط الالتزام بالسلامة.

يرى بعض الفقه[2] أن الالتزام بالسلامة يتحقق في بعض العقود التي تتوافر فيها شروط معينة بحيث إذا توافرت هذه الشروط في العقد أمكن القول : أن الدائن يضمن سلامة المدين من الأضرار التي تلحقه نتيجة عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية، وتتمثل هذا الشروط في الآتي :

الشرط الأول : وجود خطر يتهدد – أو يتعرض له– احد طرفي العقد في جسده

يعني هذا الشرط أن الالتزام بضمان السلامة يتحدد نطاقه بالعقود التي تتضمن خطرا يهدد السلامة الجسدية لأحد الأطراف في أثناء تنفيذه العقد، أما العقود التي لا تتضمن مثل

---

[1]– أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص 68.

[2]– محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2009، ص 95.

هذا الخطر، أي لا تكون السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين محل اعتبار، وإنما قاصرة على الأموال فإنها لا تتضمن مثل هذا الالتزام[1].

وحول مدى إمكانية تطبيق هذا الشرط على الخطر الذي يهدد العميل في بطاقات الائتمان، يرى بعض الفقه[2] أنه يمكن تحريره لكي يتلاءم مع طبيعة العلاقة التي تربط البنك والعميل، لأن الحفاظ على السلامة الجسدية لعملاء البنوك لا تقل عن الحفاظ على سلامة أموالهم، فالنشاط المصرفي يتضمن مخاطر مالية للعميل المتعاقد مع البنك، والبنك يعد مسؤولا عن وضع نظام إلكتروني جيد يضمن مستوى معقولا من الأمان، فإذا أصيب العميل بأي إضرار من جراء فشل هذا النظام، يكون البنك قد أخل بالتزامه بضمان السلامة مما يستوجب مسؤوليته التعاقدية، فتزاوج القانون بالمعلوماتية – وفقا لهذا التوجه– قد أدى إلى غياب الرقابة من جانب العميل على أنشطة البنك، إذ يبقى بعيدا عن النظام الإلكتروني للبنك، الأمر الذي أدى بقوة في مجال عمليات البنوك إلى إيجاد التزام جديد على البنوك، وهو الالتزام بضمان سلامة عملائه من الأضرار التي يلحقها بهم النظام الإلكتروني.

لكن هناك من الفقه[3] من يعارض هذا التوجه على أساس أن الالتزام بالسلامة افترضه القضاء في العقود التي تشتمل على خطر يتهدد أحد المتعاقدين في جسده – بهدف التيسير للمضرور في الحصول على تعويض عادل، دون حاجة إلى تكليفه بإثبات خطأ المتعاقد الآخر– دون أن يمتد إلى العقود المصرفية، على اعتبار أن عمليات البنوك لا يترتب عنها أية مخاطر جسدية بالنسبة للعميل، ولا يكون البنك مهيمنا على السلامة الجسدية للعميل،

---

[1]–Philipe Le Tourneau, op.cit. p 846 et s.

[2] –Thunis (X) : Responsabilité du banquier, et automatition des paiement, Thèse, Montpelier, 1994.p.354.

[3]– نزيه الصادق المهدي، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المنعقد في الفترة من 1–3 مايو، 2000م، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، 2004م، ص 514.

خصوصا في العمليات الإلكترونية التي تقوم العلاقة بين البنك والعميل فيها على تقديم خدمات عن بعد، والتي لا يكون البنك فيها مسؤولا عن سلامة العميل الجسدية.

الشرط الثاني: أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد العاقدين موكولا إلى المتعاقد الآخر.

ومقتضى هذا الشرط أن يكون أحد طرفي العقد خاضعا للآخر من الناحية الجسدية، إلا أنه لا يعني أن يكون في حالة خضوع كلي[1]، بحيث يفقد سيطرته تماما على سلامته الجسدية، كما هو الحال بالنسبة لعلاقة المريض بالطبيب الذي يجري له عملية جراحية، وتستوي أن يكون ذلك من ناحية الحركية أو الفنية، ومثال الفرض الأول عقد التعليم الرياضي، إذا إن الشخص يكون خاضعا في الحركات التي يؤديها لرقابة المدرب أو المعلم، ومثال الفرض الثاني خضوع المسافر للناقل، حيث يوكل إليه أمر سلامته حتى وصوله إلى غايته سليما معافى[2].

الشرط الثالث: أن يكون المتعاقد المدين بالالتزام بضمان السلامة مهنيا

إن اشتراط أن يكون المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا[3] أمر بديهي، لأن هذا الالتزام يفرض على المدين به مسؤولية مشددة لا يستطيع الفكاك منها إلا بإثبات السبب الأجنبي،

---

[1]– في مجال البيوع الإلكترونية، يرى البعض أن المستهلك الإلكتروني يكون في حالة خضوع تام للمنتج أو صانع السلعة، والذي يترك له أمر ضمان سلامتها وبالتبعية سلامته، وذلك بحكم جهله بتكون تلك السلعة أو المنتج وخصائصها الفنية والكيميائية معقدة التركيب. – جابر محجوب علي محجوب، ضمان سلامة المستهلك الإلكتروني من عيوب المنتجات الصناعية المعيبة،بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات الغربية المتحدة، المنعقد في الفترة بين 10–12 ماي 2003 المجلد الخامس، ص 2223.

[2]–Philipe Le Touneau, op-cit. p.851.

[3]–تقتضي مهنية المدين واحترافه أن يتركز نشاطه المعتاد في إبرام عقود معينة وتنفيذها، بحيث يعتمد على هذا النشاط في اكتساب رزقه.

– أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، بدون ناشر، 2003، ص 13.

ولذلك يجب ألا يقدم على ممارسة نشاطه[1] إلا إذا كان أهلا للثقة التي يوليها له عملاءه، فإذا أخل بهذه الثقة فعليه أن يتحمل نتيجة ذلك[2].

وبتطبيق هذا الشرط على البنوك نجده منطقيا تماما، لأن البنوك تنتمي إلى طائفة المهنيين المحترفين، فهي تحترف أساسا كل العمليات المصرفية على اختلاف أنواعها، وتتوفر فيها كل عناصر الاحتراف، من حيث إنها تعمل وفقا تنظيم مسبق، وبصفة مستمرة ومنتظمة، وتهدف دائما إلى تحقيق أكبر قدر من الربح.

لذا فإن متطلبات المهني المحترف تتوافر بأوضح صورها في أنشطة البنك، وهذا ما يدفعنا إلى التأكيد على أن البنك مدين محترف، وما دام كذلك فإنه يجب عليه إتباع الأصول الفنية السلمية في القيام بمهنته، وأن يكون على درجة عالية من اليقظة والانتباه، حتى يكون أهلا للثقة التي يوليها له عملاؤه، فإن أخل بما افترض فيه من ثقة، كان عليه أن يتحمل نتيجة ذلك.

2 / تقييم فكرة تأسيس مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان على أساس الالتزام بضمان المسؤولية.

بعد أن استعرضنا شروط الالتزام بضمان السلامة، نعود إلى التساؤل السابق وهو: ما مدى وجود التزام على عاتق البنك بضمان سلامة عملائه من الضرر الناتج لهم عن استعمال بطاقات الائتمان، حتى يمكن الاعتماد عليه كأساس لمسؤوليته العقدية؟.

---

[1]–يوصف الشخص بأنه مهني محترف إذا توافر فيه شرطان، الأول يتمثل في التركيز أو التخصص في بعض الأنشطة، والثاني يكمن في الاعتياد على القيام بهذه الأنشطة بحيث تصبح مصدرا للرزق.

لمزيد من التفصيل حول شروط اكتساب صفة التاجر أنظر :

– محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجاري، الجزء الأول، الأعمال التجارية والتاجر، دار النهضة العربية، 2000م، ص 123.

[2]– أحمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 22، – جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 2223.

للإجابة عن ذلك نرى أن الالتزام بضمان السلامة كما حدده الفقه والقضاء، لا يوجد في العقود الرابطة بين البنك وعملائه في بطاقات الائتمان، وذلك لعدم انطباق الشرطين الأول والثاني على كل العقود ففي **الشرط الأول** لا يوجد في استعمال بطاقات الائتمان أي خطر يهدد سلامة العميل الجسدية، حيث لا تحتوي الأنظمة الإلكترونية المنفذة لتلك العمليات على أية مواد أو أدوات ذات مصدر خطر على جسد العميل، وإنما خطرها قاصر على الأموال التي تنتقل من خلالها، والقضاء والفقه عندما كرسا مثل هذا الالتزام في بعض العقود، إنما كان الهدف من ذلك هو حماية المتعاقد من المخاطر التي تهدد جسده من الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، بدليل أن أحكام القضاء التي صدرت[1] مقررة الالتزام بالسلامة، صدرت بمناسبة ضرر جسمي أصاب الدائن المتعاقد، وقد يجتمع معه ضرر مالي، إلا أن مناط مسؤولية الدائن في تلك الأحكام، كان ضرر جسمانيا في المقام الأول، وماليا في المقام الثاني.

أما الشرط الثاني : فلا يمكننا القول بأن العميل في حالة خضوع للبنك في استعمال بطاقات الائتمان لا كليا ولا جزئيا، نظرا لأن تلك العمليات تتم في الغالب عن بعد، ولا تتضمن أي مخاطر قد تهدد جسم العميل، كما هو الشأن في بعض العقود، كعقد بيع المنتجات أو السلع التي قد تحتوي على مواد خطرة قد تؤذي المستهلك في جسده، فأنظمة استعمال بطاقات الائتمان حتى الآن لم يثبت لها أي آثار ضارة على جسد الإنسان، حتى الفيروسات التي يمكن أن تخترق الأنظمة الإلكترونية للبنك لم يثبت أنها تسبب أضرارا جسدية للإنسان حتى يمكن القول بأن العميل يخضع في سلامته الجسدية للبنك، فأضرارها قاصرة على تدمير أو تعطيل الأنظمة الإلكترونية فقط، بالتالي فلا يكون البنك في هذه العمليات مهيمنا على السلامة الجسدية للعميل.

---

[1]–هو ما قضت به الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بمسؤولية مراكز نقل الدم، حيث قضت بأن مراكز نقل الدم ملتزمة بتوريد وتسليم منتجات خالية من العيوب، ولا تستطيع أن تستبعد هذا الالتزام بضمان السلامة، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، ولا يعد العيب الموجود بالدم، وإن لم يتم اكتشافه سببا أجنبيا يعفي هذه المراكز من المسؤولية .

بالإضافة إلى ذلك فإن البعض[1]من القائلين بهذا الالتزام يرون أنه لا يطبق في النطاق العقدي إلا عندما يكون الشيء محدث الضرر مجرد وسيلة لتنفيذ العقد، أما إذا كان الشيء محدث الضرر محلا للالتزام العقدي أي محلا للالتزام الرئيسي في العقد فإنه لا يمكن الاعتماد على الالتزام بضمان السلامة، كأساس لمسؤولية البنك في النطاق العقدي، وإنما لا بد من الخروج عنها وتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية.

ونرى أن هذا التحليل غير واقعي، فكيف يمكن الخروج عن طبيعة المسؤولية العقدية عند حدوث أضرار للعميل في حالة الإخلال بالالتزام الجوهري والأساسي في العقد، وتطبيقها عندما يكون الإخلال بالالتزام ثانويا لا يتعلق بجوهر ولب العقد الرابط بين أطرافه، وهذا ما يؤكد أن هذا الالتزام ليس إلا افتراضا نظريا بحتا لا يستند على أساس واقعي.

وبناءا عليه نرى – في ضوء إجماع الفقهاء القائلين بالالتزام بضمان السلامة على ضرورة توافر الشرطين السابقين– أن هذا الالتزام لا يقوم في العقود المبرمة بين البنك وعملائه في بطاقات الائتمان، سواء تعلق الأمر بعقد الحامل ، أو عقد التاجر.

وبذلك لا يصلح أن يكون الالتزام بضمان السلامة أساسا لقيام مسؤولية البنك العقدية عن الأضرار الناجمة عن استعمال بطاقات الائتمان للمبررات السابقة.

غير أن عدم وجود التزام على كاهل البنك بضمان سلامة العميل الجسدية في بطاقات الائتمان لعدم توافر شروط ذلك، لا يعني أن البنك لا يضمن سلامة النظام الإلكتروني من أي خلل أو قصور، فقد انتهينا سابقا إلى أن البنك يلتزم بوضع نظام إلكتروني سليم وآمن يضمن تنفيذ أوامر العميل وتعليماته بشكل دقيق ومنتظم، فإذا قصر أو تراخى في التنفيذ، أو نفذها بشكل خاطئ وأصاب العميل بضرر فإنه يتحمل نتيجة ذلك، ولا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته عن ذلك الضرر بإسناد الخطأ إلى النظام الإلكتروني، لأن التزامه في سلامة النظام الإلكتروني التزام بتحقيق نتيجة، غير أن ضمان البنك لتحقيق

---

[1]– أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص 95.

تلك النتيجة لا يعني أنه ضامن جميع الأضرار التي تلحق العميل بشكل مطلق نتيجة لاستخدام النظام الإلكتروني، وإنما يضمن ألا يكون الخلل أو القصور في النظام الإلكتروني هو الذي أدى إلى وقوع الضرر بالعميل.

وإذا كان التزام البنك بوضع نظام إلكتروني سليم وآمن، يمكن الاعتماد عليه كأساس لمسؤولية البنك العقدية عن الأضرار التي تلحق العميل نتيجة وجود خلل أو قصور في النظام الإلكتروني، أما الحالات الأخرى التي لا يكون سبب الضرر فيها هو مجرد خلل أو قصور في النظام الالكتروني، فإنه لا يصلح أن يؤسس مسؤولية البنك على هذا الالتزام، مما يظل العميل فيها بدون حماية، وحتى في الحالات التي يكون الضرر فيها نتيجة وجود خلل في النظام الإلكتروني فإن البنك قد يتهرب من مسؤوليته بإثبات أنه لا يوجد في النظام الإلكتروني أي خلل أو قصور، وقد يكون من السهولة على البنك – في كثير من الأحيان– إثبات ذلك، لسيطرته على الأنظمة والأجهزة الإلكترونية، التي تحتوي على أدلة الإثبات والتي قد يطوعها لإثبات أن نظامه الإلكتروني كان يعمل بشكل دقيق وأنه سجل العمليات كافة التي تمت في الوقت المطلوب[1].

كما قد يستطيع البنك التخلص من مسؤوليته بإثبات وجود شروط في العقد تعفيه من المسؤولية في حالة وجود خلل أو قصور في النظام الإلكتروني، وتعرف هذه الشروط بشروط الإبراء من المسؤولية، ونجد هناك الكثير من عقود البنك مع عملائه تتضمن مثل تلك الشروط، والتي تفرضها البنوك على عملائها، نظرا لما تتمتع به من نفوذ ومركز اقتصادي قوي، مستغلة حاجة العملاء لتلك الخدمات، والذين ليس أمامهم إلا قبولها أو رفضها، وهذه الشروط تعد صحيحة من الناحية القانونية، إلا إذا كانت تنطوي على غش أو خطأ جسيم من جانب البنك[2].

---

[1]– شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر، مرجع سابق، ص 88.

[2]– نفس المرجع، ص 89.

وإزاء هذه الوضعية فإن ترك البنك يحتمي بقواعد المسؤولية العقدية بحجة أنه لم يرتكب أي إخلال في التزاماته العقدية في ظل الأضرار الناتجة عن استخدام النظام الإلكتروني، سوف يحمل العميل أضرارا لم يكن هو سببا في حصولها، في حين أن قواعد المسؤولية التقصيرية قد تتيح له إمكانية مساءلة البنك بشرط إثبات الحجة الكافية في مساءلة في ظلها، دون حاجة إلى اللجوء إلى افتراضات قانونية غير موجودة في حقيقة الأمر.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية للبنك في بطاقات الائتمان

اتضح لنا مما سبق أن قواعد المسؤولية العقدية قد لا توفر الحماية الكافية للمضرور في بطاقات الائتمان، نظرا للصعوبات التي يوجهها العميل المضرور في إثبات خطأ البنك المسؤول وفقا لقواعد هذه المسؤولية، الأمر الذي جعل جانبا كبيرا من الفقه، وكذلك القضاء يقف على حجم الأضرار التي قد تلحق العملاء، وإمكانية تحميلهم بأضرار لم يكونوا هم السبب في إحداثها نتيجة استخدام الأنظمة الإلكترونية في معاملاتهم، واتجهت أنظارهم إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، لعل هذه القواعد قد تتضمن ما كون من شأنه أن يوفر أكبر قدر من الحماية للعملاء. [1]

ولكن المشكلة التي تثيرها قواعد المسؤولية التقصيرية هي ما مدى إمكانية تطبيقها على أطراف تربطهم علاقات تعاقدية تحدد حقوق وواجبات كل منهما؟، لهذا فإننا سنتناول قواعد هذه المسؤولية والإشكاليات التي تثيرها وفقا لما يلي

الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية للبنك عن فعله الشخصي.

إذا كان لكل من المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية حدودها ونطاقها الذي تختص به، بحيث لا يجوز الخروج عنه إلى النطاق الآخر، فإنه في بعض الحالات قد يعترف

---

[1]– شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مرجع سابق، ص 73.

بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في إطار الروابط العقدية، وذلك عندما يكون الضرر ناتجا عن إخلال عقدي وقانوني في الوقت نفسه، لهذا فإن بحث مسؤولية البنك الشخصية يتطلب منا التعرف على هذا النوع من المسؤولية والقواعد التي تحكمها، ثم نتناول إمكانية منح المضرور الحق في الاختيار بين قواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية لكي نصل في النهاية لتحديد الحالات التي تقوم فيها المسؤولية التقصيرية للبنك المتعاقد مع عملائه.

أولاً/ التعريف بالمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه عملائه والقواعد التي تحكمها

يقصد بالمسؤولية عن الفعل الشخصي، تلك التي ترجع إلى فعل شخصي لمحدث الضرر، متضمنا تدخله مباشرة في إحداثه، دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء مستقل عنه، بحيث ينشأ الضرر عن فعل ينسب إلى المسؤول شخصيا.

وتشكل هذه المسؤولية القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، بحيث يجب الرجوع إليها في الحالات التي لا يوجد لها تنظيم خاص بالمسؤولية، كالمسؤولية عن خطأ الغير، والمسؤولية عن الأشياء.

فهذا النوع من المسؤولية ينظر إليه بمنظار شخصي، وفقا لسلوك الفاعل محدث الضرر من حيث مدى انحرافه عن مسلك الرجل المعتاد تجاه المجتمع.

وقد أورد المشرع الجزائري ، أحكاما تفصيلية لهذه المسؤولية، حيث نظمها في المواد (124-133) من القانون المدني الجزائري، وقد وضعت المادة (124)[1] منه الأساس العام الذي تقوم عليه المسؤولية الشخصية، واعتبرت أن الشخص يكون مسؤولا عن أي فعل يصدر منه ويحدث ضررا بالغير، وتقوم هذه المسؤولية على الخطأ واجب الإثبات، فالخطأ لا يفترض بل يكلف الدائن بإثباته مع بقية الأركان الواجبة توافرها، لقيام هذه المسؤولية من ضرر وعلاقة سببية.

[1] تنص هذه المادة على أنه "كل فعل أي كان يرتكبه شخص بخطئه و سبب ضررا للغير يلزم من كان سببا فيه بالتعويض".

إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف الخطأ الذي تقوم عليه هذه المسؤولية أما بخصوص الفقه فقد أثار تعريف الخطأ جدلا ونقدا شديدين، والسبب في ذلك يعود – كما يرى البعض[1]– إلى أن فكرة الخطأ فكرة أخلاقية أكثر من كونها فكرة قانونية، لذا يأبى أن يضبط تحت معيار ثابت ويتحدد بحدود معينة.

ودون الخوض في التعريفات العديدة التي أورده الفقه للخطأ[2]، نورد التعريف الذي نميل إليه، والذي قال به الدكتور سليمان مرقص[3]، من أن الخطأ "إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه"

ويقاس هذا الإخلال بمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي المجرد من ظروفه الشخصية، والذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض، هو المعيار نفس الذي يقاس به الالتزام العقدي ببذل عناية ذلك أن الالتزام القانوني الذي يترتب عن الإخلال به قيام المسؤولية التقصيرية دائما يكون التزاما ببذل عناية، وهذا المعيار هو الذي أخذ به غالبية الفقه[4].

أما الركن الثاني للخطأ هو الركن المعنوي فيتمثل في الإدراك، ويقصد بالإدراك أن يكون المعتدي قادرا على التخيير بين الخير والشر، فيعي أن ما يقوم به يضر الآخرين، وقد كان المشرع الجزائري صريحا في نص المادة (125) من القانون المدني[5]، في اشتراط

---

[1]– جبار صابر طه، أساس المسؤولية المدنية عن الفعل غير الشروع بين الخطأ والضرر، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2010، ص 59.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 642.

[3]– سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السادسة، تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي، بدون ناشر، 1987م، ص 623.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 691.

[5]وتنص هذه المادة على "لايسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

التمييز في المعتدي، حتى يمكن مساءلته على الضرر الذي أحدثه للغير، وبناءا على ذلك لا يسأل المجنون ولا الصبي غير المميز عن أفعالهما الضارة بالغير.

وحتى نستطيع الوصول إلى تحديد الحالات التي يمكن أن تقوم فيها المسؤولية التقصيرية للبنك المتعاقد، فإنه لا بد أن نحدد قبل ذلك إمكانية المدعي العميل في الخيرة بين رفع دعواه على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية عند حدوث نزاع بينه وبين البنك عند استعمال بطاقات الائتمان.

ثانيا/ الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

اشرنا فيما سبق أن الإجماع لدى الفقه منعقد على أن المضرور لا يستطيع الجمع في دعوى التعويض بين قواعد المسؤوليتين، لأن الفعل الواحد وأن ترتب على نوعي المسؤولية المدنية لم يحدث إلا ضررا واحدا، ومن المبادئ الراسخة في القانون أن الضرر الواحد لا يعوض مرتين حتى لا يثرى المضرور بلا سبب على حساب المسؤول، ومن هنا بدأ الفقه الحديث يهجر اصطلاح الجمع ويستعمل اصطلاح الخبرة وبذلك أثار هذا المصطلح جدلا واسعا في أوساط الفقه، السؤال هنا هو: ما مدى حق الدائن المضرور في الاختيار بين إحدى المسؤوليتين لتأسيس دعواه عليها وفقا لما يراه أصلح له، دون أن يكون من حقه اختيار الأخرى حتى لو خسر الدعوى التي اختارها؟.

انقسم الفقه في هذه المسالة إلى اتجاهين، اتجاه يعارض مبدأ الخيرة واتجاه يجيزه، وفيما يلي سنقوم بعرض الحجج التي يستند إليها كل اتجاه.

الاتجاه المعارض لمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين[1]:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه ليس من حق المضرور الاختيار بين إحدى المسؤوليتين

[1] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 67– محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص197 – نوري حمدي خاطر، مرجع سابق، ص134.

لأن دعوى المسؤولية العقدية تسقط دعوى المسؤولية التقصيرية، مما يتعين على الدائن المضرور رفع دعوى المسؤولية العقدية فقط دون المسؤولية التقصيرية، إلا إذا أتى المسؤول فعلين مستقلين يحل أحدهما عن الآخر.

وقد أشار هذا الاتجاه إلى العديد من الحجج لتأييد رأيه:

1- أن لكل من نوعي المسؤولية المدنية نطاق خاص به، فالمسؤولية العقدية تقوم بين المتعاقدين والمسؤولية التقصيرية تقوم بين غير المتعاقدين، بالتالي لا يجوز تطبيق قواعد إحداهما في النطاق أو الأرضية المخصصة للأخرى.

2- إذا أجيز الأخذ بنظام المسؤولية التقصيرية داخل العلاقات العقدية فإنه يصبح تنوعا المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية لا جدوى منه، فمن ناحية لا يكون لوجود المسؤولية العقدية إلى جانب التقصيرية أية فائدة، ومن ناحية أخرى يؤدي تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية على العلاقات الناشئة عن العقد، إلى إسباغ وصف الغير على المتعاقد مع أنه طرف في العقد.

3- المسؤولية العقدية مصدرها العقد الذي نشا بإرادة المتعاقدين ويجب احترام هذه الإرادة وعدم إهدارها، طالما كانت داخل الإطار القانوني، لأن العقد هو قانون المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلى باتفاق الطرفين، وإبعاد تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عن العقد يرجع إلى وجود اتفاق ضمني بين المتعاقدين مؤداه أن المتعاقدين قد جعلا العقد قانونهما في المسؤولية.

4- أن تدخل المسؤولية التقصيرية في النطاق العقدي يعطل آثار مبدأ سلطان الإرادة في العقود، الذي يتيح للأفراد أن يحدد شروط وآثار عقدهم كما يشاؤون.

وإذا كان أنصار هذا الاتجاه يقررون عدم جواز الخير فإن كثيرا منهم يوردون استثناءات على مبدئهم فيجيزون الخيرة في الأحوال التي يشكل فيها الإخلال بالالتزام العقدي

جريمة جنائية، أو يرجع إلى غش أو خطأ جسيم – كما سنرى فيما يلي – على أن قسما آخر منهم وهم قلة يرون عدم الخيرة مطلقا[1].

الاتجاه الثاني: المؤيد لمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين[2]

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن المسؤولية التقصيرية يمكن أن تتدخل في النطاق العقدي، دون أن يتعارض تحققها مع كون العقد قائما مرتبا لآثاره، فهي ليست مسؤولية بين ألا متعاقدين أو من لا يجمعهما عقد واحد فحسب، ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الحجج والأسانيد التالية :

1- أن النصوص التي تنظم المسؤولية التقصيرية تمثل القاعدة العامة في المسؤولية المدنية، ولا يوجد في القانون ما يستوجب حصر تطبيقها في نطاق محدد.

2- أن قيام العقد لا يتعارض مع قيام المسؤولية التقصيرية التي تتداخل في النطاق العقدي، فليس في القانون ما يفيد أن العقد يبعد المسؤولية التقصيرية عن نطاقه، كما أنه لا يمكن إقامة الدليل على أن الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين قد قصدت استبعاد قواعد المسؤولية التقصيرية عن نطاق العقد، لا سيما وأن كل متعاقد يحاول أن يزيد حقوقه ويضيف إليها ضمانات جديدة، ومن ثم فلا يتصور أن يكون هناك اتفاق ضمني على استبعاد الضمانات والحقوق التي قررها القانون للأفراد.

3- نظم المشرع معظم أحكام المسؤولية التقصيرية بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وعلى ذلك لا يجوز للأشخاص الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف مع أحكام

---

[1]- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م

[2]- خميس خضر، تنوع المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية والخيرة بينهما في القانوني المدني المصري المقارن بالقانون الفرنسي، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سبتمبر، ديسمبر، 1976، العددان الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون، ص90.

المسؤولية التقصيرية، كما لا يجوز الاتفاق أيضا على استبعاد أحكامها أو تقييدها بشروط معينة.

وقد توسع البعض[1] من أنصار هذا الاتجاه في مفهوم الخيرة، بحيث لم يقتصر على المعنى الضيق لها، أي إنه اختار المضرور إحدى المسؤوليتين وخسرها لم يجز له دفع الأخرى، بل أجازوا للمضرور أن يرفع إحدى الدعويين بصفة أصلية والدعوى الأخرى بصفة احتياطية، شريطة أن يحتفظ لكل نوع بشروطه ونطاقه لتعزيز إحدى الدعويين الأخرى، بل أجازوا للمضرور إذا خسر دعواه المستندة إلى إحدى المسؤوليتين أن يرفعهما مرة أخرى، مستندا على المسؤولية الأخرى، على اعتبار أن محل الدعوى الثانية يختلف عن المحل في الدعوى الأولى، ويتحقق ذلك إذا طلب المضرور في الدعوى الثانية، بتعويض غير التعويض الذي طالب به في الدعوى الأولى، فلا تصطدم الخيرة مع مبدأ قوة الشيء المحكوم به.

إلا أننا نرى أن هذا التوسع – وفقا لهذا الرأي– يؤدي إلى الجمع بين المسؤوليتين وليس الخيرة بينهما وهذا لا يجوز لتعارضه مع المفهوم الدقيق لمعنى الخيرة، والتي تعني أن للمضرور أن يختار بين أي من المسؤوليتين ليؤسس عليها دعوى التعويض التي يرفعها على المسؤول، فإذا اختار أحداهما سقط حقه في اختيار الأخرى.

وعلى أية حال فإن السماح للمضرور بالتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية بدلا من العقدية، خصوصا المضرور في إحدى العمليات البنكية الإلكترونية، قد تحقق له مزايا عديدة إذا ما قورنت بالمسؤولية العقدية، ومنها التمسك ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية أو الزيادة، في مبلغ التعويض الذي يمكن أن يستحقه على سبيل المثال.

[1]–خميس خضر، مرجع سابق، ص 91. –محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، مرجع سابق، ص 34.

لهذا نجد أن بعض الفقه[1] حاول إقامة مسؤولية البنك عن الاضرار التي تلحق العميل عند استعمال بطاقات الائتمان على أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، معتمد على فكرة التسبب، حيث يرى بأن هذه الفكرة هي الأنسب لقيام مسؤولية المصرف على أساسها، لأن المصرف يضمن أي ضرر في استخدام النظام الإلكتروني، فالتزامه في مواجهة العميل فيه معنى العلة، لضمان الضرر، أي ارتباطه مع العميل بعقد كان سببا في حصول ضرر للعميل، لهذا فإن تطبيق مفهوم التسبب بالذات في ضمان تعويض أضرار العملاء في مواجهة المصرف ضد استخدام النظام الرقمي، يقلص من الحالات التي يستطيع البنك فيها أن يتهرب من مسؤوليته، خصوصا حالات السبب الأجنبي، التي يمكن أن يستند إليها المصرف للتنصل من مسؤوليته، ما دام المصرف ملتزما في مواجهة عملائه بالمحافظة على أموالهم وأسرارهم، هذا الالتزام فيه معنى العلة، يسأل المصرف عنه إذا أفضى ذلك إلى ضرر لأحد عملائه نتيجة لاستخدامه النظام الرقمي.

لا شك أن تأسيس مسؤولية البنك تجاه عميله المضرور على قواعد المسؤولية التقصيرية إذا استطاع العميل إثبات كافة شروطها في أنها تحقق له العديد من المزايا التي لا تحققها له قواعد المسؤولية العقدية.

إلا أنه في الحقيقة من الصعب – من الناحية العملية– تحقق قواعد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في آن واحد – عدى في بعض الحالات التي استثناها الفقه كما سنرى لاحقا– فأما أن تكون المسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية– فعندما يدرج المتعاقدين في عقدهما نص قانوني كما هو دون التعديل فيه بالزيادة أو النقصان، وحدث بعد ذلك إخلال لهذا النص فإننا لا نكون أمام حالة تتوفر فيها قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية في الوقت نفسه، وإنما يسأل المسؤول على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية لمخالفته واجب قانوني عام فرضه المشرع وليس على أساس قواعد المسؤولية العقدية، لأن إرادة الأطراف لم يكن

---

[1]– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 1832.

لها دور في إنشاء هذا النص، وإنما اقتصرت إرادتهم على وضع النص ضمن بنود العقد كما هو، فإذا تدخلت إرادة الأطراف وعدلت في النص بالزيادة أو النقصان فإنه في هذه الحالة يسأل من أخل بهذا النص على أساس قواعد المسؤولية العقدية، وليس للمضرور حق العدول عنها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، نتيجة للدور الإيجابي لإرادة الأطراف، والذي أصبح النص معبر عن إرادتهم مما يجعل الإخلال به إخلال بالتزام تعاقدي وليس قانوني.

وعلى أية حال هناك حالات محددة استثناها أغلبية الفقه بمن فيهم معظم أنصار المعارضين لهذا المبدأ، هي وتلك الحالات التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية للبنك المتعاقد في مواجهة عملائه.

ثالثا/ حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك المتعاقد

إذا كانت القاعدة السائدة لدى بعض أنصار الاتجاه الغالب في الفقه في الوقت الراهن – كما أسلفنا – هي عدم جواز إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية في النطاق العقدي، مما لا يكون للعميل المضرور عند استعمال بطاقات الائتمان – وفقا لهذا الاتجاه– الحق في رفع دعواه تجاه البنك على أساس المسؤولية التقصيرية، إلا أن هذا الاتجاه يستثني من هذا القاعدة حالات محددة يستطيع العميل إذا توافرت شروط أحدهما أن يؤسس دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية على الرغم من وجود عقد وارتباط المخالفة بالتزام نتائج عنه، وتتمثل هذه الحالات عندما يكون الخطأ العقدي الصادر من البنك يشكل في نفس الوقت جريمة جنائية، والحالة الثانية عندما يشكل الخطأ العقدي الصادر من البنك غشا أو خطأ جسيم أثناء قيامه بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه.

الحالة الأولى: أن يشكل الخطأ الصادر من البنك إخلالا بالتزام عقدي وجريمة جنائية في الوقت نفسه

نتصور في هذه الحالة عندما يؤدي قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد إلى خطأ يشكل عمل إجرامي إلى جانب كونه خطأ عقديا يترتب مسؤوليته المدنية، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن نوع وطبيعة المسؤولية المدنية التي تحكم مثل هذا الخطأ المزدوج فهل يمكن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية إلى جانب قواعد المسؤولية الجنائية التي تعاقب المسؤول جنائيا، أم أنه من المتعين الخروج عن نطاق العقد والدخول في الإطار التقصيري؟، أم يكون للمضرور أن يختار قواعد المسؤولية التي يراها أصلح له؟.

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول: أن غالبية الفقه[1] ترى أنه يجوز للمضرور الاختيار بين قواعد المسؤولية التقصيرية أو العقدية لتأسيس دعواه عليها، ويؤيدون رأيهم بقولهم إن المسؤول إذا ارتكب عمل إجرامي فقد خرق بذلك النطاق العقدي وعاد إلى النطاق الذي ينظمه القانون دون إرادة الأفراد، فتحقق مسؤوليته العقدية جراء ارتكابه جريمة جنائية في أثناء إخلاله بالتزامه العقدي، ويكون للدائن الخيرة بين نوعي المسؤولية المدنية.

ومن الفقه[2] من يعارض منح المضرور حق الخيرة في حالة الإخلال العقدي الذي يشكل جريمة جنائية، باعتبار المسؤولية العقدية صورة خاصة من صور المسؤولية المدنية، وتشكل المسؤولية التقصيرية الصورة الرئيسية لها، لهذا فإنه في حالة وجود شروط المسؤولية العقدية، فلا يجوز اللجوء لقواعد المسؤولية التقصيرية، حتى لو كان الإخلال العقدي يشكل جريمة.

إلا أن البعض[3] انتقد هذا التوجه الأخير، على أساس أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا لإقرار التعويض المدني للمضرور عن الأضرار التي أصابته نتيجة التقصير في تنفيذ الالتزامات العقدية، فهذا التعويض الذي تقره قواعد هذه المسؤولية هو الجزء المدني الذي

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 675.

[2]– جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 495.

[3]– محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، مرجع سابق، ص 57.

يجب أن يقتصر على مجرد عدم التنفيذ العقدي فقط، دون أن يتعداها، أما إذا تعدت المخالفة هذا الحد بأن شكلت بجانب كونها تقصيرا في تنفيذ الالتزام العقدي، جريمة جنائية، فلا شك أن ضررا آخر يصيب المضرور والمجتمع، من جراء هذه المخالفة، مما يتطلب معاملتها بقواعد تتفق مع طبيعة المخالفة في هذه الحالة، وهنا يبرز دور المسؤولية التقصيرية باعتبار قواعدها قد وضعت لمواجهة مخالفة الواجبات العامة المفروضة على الجميع بمن فيهم أطراف الرابطة العقدية.

ولكن السؤال الذي يثور في هذه المسألة هو: "كيف يمكن أن يؤدي إخلال البنك في تنفيذ التزامه العقدي إلى ارتكابه جريمة، حتى يمكن مساءلته في تعويض المضرور على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية؟

للإجابة عن ذلك يمكن القول: إن البنك باعتباره شخصا معنويا يستحيل عليه أن ينفذ أعماله بنفسه وإنما يمثله أشخاص طبيعيون في تعاملهم مع عملائه، وبالتالي فإن ارتكاب أحد هؤلاء جريمة جنائية في أثناء عمله في البنك لا يسأل هذا الأخير على أساس فعله الشخصي إلا في حالة ما يكون هذا الموظف ارتكبها في أثناء تنفيذ تعليمات صادرة من البنك نفسه دون خروج منه عن حدود وظيفتهم، أما في غير هذه الحالة فإن البنك يسأل عن أفعال تابعية على أساس مسؤوليته عن فعل الغير كما سنرى لاحقا.

لكن يمكن أن يسأل البنك على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية في حالة أخرى، وهي حالة أن يؤدي إخلال البنك بتنفيذ التزامه العقدي إلى ارتكاب غش أو خطأ جسيم في العملية.

الحالة الثانية: ارتكاب البنك غشا أو خطأ جسيما.

يعد ارتكاب البنك لغش أو خطأ جسيم في أثناء استعماله لبطاقات الائتمان، خروجا على مبدأ "حسن النية" في تنفيذ العقود التي تربطه بعملائه، وإخلالا بالثقة التي أولاها إياه

عملاؤه في المحافظة على أموالهم المودعة لديه، مما يستوجب تشديد مسؤوليته، لذا فإن إعطاء العميل الذي لحقه ضرر بسبب غش البنك أو خطئه الجسيم الحق في أن يرفع دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية قد يحقق له العديد من المزايا فيما لو لجأ لقواعد المسؤولية العقدية، ومن ذلك زيادة التعويض، وعدم الاعتداد بالشروط التي تعفي المسؤول من المسؤولية وإلى غير ذلك من المزايا التي تحققها له المسؤولية التقصيرية.

لهذا يرى بعض الفقه[1] أن حالات الغش أو الخطأ الجسيم تعد من أهم الاستثناءات على مبدأ عدم جواز الخيرة، مما يستوجب منح المضرور الحق في الاختيار بين قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية لتأسيس دعواه على أيها أصلح له، لكون فعل المدين في هذه الحالات يشكل إخلالا بالتزاماته العقدية وفي الوقت نفسه يشكل إخلالا بالتزامه القانوني.

ولكن ما هو المقصود بالغش أو الخطأ الجسيم الذي يجيز للعميل الدائن الحق في اختيار نظام المسؤولية الذي يراه أصلح له؟

يعرف البعض[2] الغش بأنه الخطأ العمدي الذي يتمثل في انصراف الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع، فضلا عن انصرافها إلى إحداث الضرر.

أما الخطأ الجسيم فيعرفه البعض[3] بأنه "ترك الاحتياط عن دفع ضرر متوقع، بينما يعرفه البعض الآخر[4] بأنه : "الخطأ العمدي الذي يحدث نتيجة عدم بذل العناية والحيطة في

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 675، – محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، مرجع سابق، ص67 – حازم نعيم الصمادي، المسؤولية المدنية للمصارف عن استعمال الوسائل الالكترونية في العمليات المصرفية، رسالة دكتوراه كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2002، ص 94.

[2] – ياسين محمد يحي، اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص 137.

[3]– محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص 161.

[4]– صلاح حسن البرعي، أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، مصر، بدون سنة ، ص 178.

شؤون الغير وذلك بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاءا أن يفعله في شؤون نفسه".

وإذا كان القانون لم يحدد مفهوم الغش أو الخطأ الجسيم، فإنه ساوى في الأثر بينهما، حيث تنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على "غير انه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد[1].

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة فإن الشخص الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيما يحكم عليه بالتعويض المتوقع والغير المتوقع، وإذا كانت هذه المادة من ضمن المواد التي تنظم المسؤولية العقدية، فهل يفهم من ذلك أن المشرع منح العميل الحق في المطالبة في التعويض عن الضرر المتوقع والغير متوقع، على أساس المسؤولية العقدي؟، أم أنه يرفع دعواه للتعويض عن الضرر المتوقع على أساس المسؤولية العقدية والضرر غير المتوقع على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية باعتبارها المكان الطبيعي؟ أم أنه قد قصد نقل العميل المضرور من مجال المسؤولية العقدية إلى مجال المسؤولية التقصيرية؟.

للإجابة عن ذلك يمكن القول إنه لا يعقل أن المشرع الجزائري قد قصدا تجزئة أحكام دعوى التعويض في حالة الغش أو الخطأ الجسيم بين قواعد المسؤوليتين العقدية أو التقصيرية، لأن ذلك يؤدي إلى الجمع بين بعض قواعد نوعي المسؤولية، وهو ما يرفضه الفقه، بما في ذلك أولئك الذين يؤيدون مبدأ جواز الخيرة، وإنما أراد المشرع إخضاع دعوى المضرور لقواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك بهدف تشديد مسؤولية المتعاقد ومعاملته بنقيض قصده، بحرمانه من مزايا المسؤولية العقدية، وهذا يعني أن المشرع أحل قواعد المسؤولية التقصيرية محل العقدية.

---

[1]–تقابلها المادة (2/221) مدني مصري والتي تنص على أنه "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

وعلى أية حال فإنه قد يتصور وجود إخلال من طرف البنك بأحد التزاماته الناشئة عن العقد الرابط بينه وبين العميل مشكلا في الوقت نفسه ما يعتبر بمثابة خطأ جسيم،[1]، كعدم وضع وسائل الحماية الكافية، أو عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لإيقاف العمل بالبطاقة بعد إخطار العميل له بفقدانها أو سرقتها إخطارا صحيحا.

إلا أننا نرى بأن ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم أثناء تنفيذ التزاماته العقدية – ما لم يقترن هذا الخطأ بجريمة جنائية– لا يغير من صفته خطأ عقدي إلى خطأ تقصيري، فمثلا عدم قيام البنك بتنفيذ التزامه بقيد قيمة التحويل في حساب المستفيد مما يلحق أضرارا بالغة بالعميل كفوات الفرصة عليه، وكذا عدم قيامه بإيقاف العمل بالبطاقة التي أخطر العميل بفقدها أو سرقتها، مثل هذه الأخطاء وغيرها أخطا جسيما، ومع ذلك يسأل عليها البنك على أساس قواعد المسؤولية العقدية وليس على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، والقول بغير ذلك يجعل الكثير من الأخطاء العقدية أخطاء تقصيرية، وفي ذلك إقحام لقواعد المسؤولية التقصيرية في غير مجالها الطبيعي.

كما أنه لا يمكن تصور قيام البنك بوسائل احتيالية لغش العميل في أثناء تنفيذ العقد، إلا في الحالات التي يمكن أن تصدر من متبوعه في الأحوال العادية لممارسته أعماله وفقا للتوجيهات والتعليمات الصادرة إليه من البنك، دون الخروج عن نطاق أعماله – كما سنرى في المطلب الموالي– ففي مثل هذه الحالة ممكن أن يسأل البنك على أساس المسؤولية التقصيرية[2].

وبالإضافة إلى هذه الحالات التي تقوم فيها مسؤولية البنك التقصيرية فإننا نرى أن البنك يسال أيضا في مواجهة عميله على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية في حالات أخرى، كما لو أدلى بمعلومات خاطئة للعميل في المرحلة السابقة على التعاقد، أي في مرحلة التفاوض على عقد فتح الحساب وتقديم البطاقة للحامل أو عقد تقديم الآلات

---

[1]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 152.

[2]– المرجع نفسه، ص 153.

والمعدات والاعتماد للتاجر، تسببت في إلحاق الضرر بالعميل، ففي هذه الحالة لا يستطيع البنك دفع مسؤوليته بالاعتماد على بنود العقد التي تعفيه من المسؤولية إذا كان العقد يتضمن مثل هذه الشروط والتي يسمح بها القانون[1]، لأن ارتكابه للخطأ الذي الحق الضرر بالعميل كان قبل ميلاد العقد الذي ينظم علاقته بهذا الأخير، وحجية العقد وما اشتمل عليه من شروط تبدأ من لحظة إبرامه إبراما صحيحا مستوفيا أركانه وشروطه الأساسية كافة، دون أن تمتد آثاره إلى المرحلة السابقة عليه، فالعميل في هذه المرحلة لا زال من الغير الذي يوجب القانون عدم الإضرار بهم، وفي حالة الإضرار بهم فإن المسؤول (البنك) يسأل على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية دون العقدية القاصرة على طرفيها، وبالتالي فلا مجال للخيرة في هذه الحالة بين قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية فهذه الأخيرة هي التي تطبق.

كذلك يسال البنك على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية إذا قضى ببطلان العقد الذي يربطه بعميله، سواء كان البطلان بطلان مطلق أو بطلان نسبي، لأن إعمال الأثر الرجعي للبطلان يعدم العقد منذ ميلاده، وكأنه لم يوجد في أي وقت من الأوقات[2].

وبذلك نخلص إلى القول بأنه بالرغم من اقتناعنا بأن قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية قد تحقق نوعا من الفائدة لعملاء البنك من الأضرار التي تلحقهم من جراء استعمال بطاقات الائتمان، إلا أنها قد لا تحقق لهم الحماية الكافية عن كل الأضرار التي تصيبهم من جراء استخدام النظام الرقمي الذي تتم من خلاله دلك الاستعمال لعدة أسباب :

1- إن هذا النوع من المسؤولية يقوم على الخطأ الواجب الإثبات، بحيث يلتزم العميل وفقا لها بإثبات خطأ البنك، وقد يكون من الصعب على العميل – في كثير من الحالات – إثبات ذلك- كما أوضحنا سابقا- لسيطرة البنك على الأنظمة الإلكترونية التي تحتوي على أدلة الإثبات، وقد يستطيع البنك أن يطوع تلك الأدلة – المخزنة في تلك الأنظمة – لصالحه،

---

[1] جاء في نص المادة 178 فقرة 3 ".....غير انه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

[2] – رضا السيد عبد الحميد، سرية الحسابات المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ، ص 100 – محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 155.

وبالتالي تعد مسالة إثبات الخطأ في العمليات البنكية الإلكترونية من أكثر المسائل إشكالية في طريق حماية العملاء.

2- أن تطبيق قواعد هذه المسؤولية على الاستثناءات التي أوردها الفقه على مبدأ الخيرة لا تحقق الحماية الكافية للعميل المضرور من كل أضرار المخاطر التي يلحقها به النظام الإلكتروني للبنك، إلا في إطار تلك الاستثناءات، وبالتالي يصبح في خارج حدودها بدون حماية كافية، مما يستوجب علينا البحث عن أساس آخر يمكن الاعتماد عليه لتحقيق أكبر قدر من الحماية لعميل البنك، وهنا يثور التساؤل التالي: إلى أي مدى يمكن الاعتماد على قواعد المسؤولية التقصيرية غير الشخصية؟

الفرع الثاني: تأسيس مسؤولية البنك على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية غير الشخصية.

إن توفير حماية أكبر للمضرور من مخاطر استخدام النظام الإلكتروني في العمل البنكي، يتطلب البحث عن قواعد التي يمكن أن تخفف عليه وطأة عبء إثبات خطأ المسؤول الذي تتطلبه قواعد المسؤولية العقدية، وقواعد المسؤولية التقصيرية [1]

لذا يثار تساؤل حول ما مدى إمكانية الاعتماد على القواعد التي تفترض الخطأ في جانب البنك كأساس لمسؤوليته، وذلك من خلال قواعد المسؤولية عن أعمال تابعيه "أولا"، أو باعتباره حارس للنظام الإلكتروني الذي يكون من خلاله استعمال بطاقات الائتمان "ثانيا"

أولا/ مسؤولية البنك باعتباره متبوعاً

إن البنك باعتباره شخصا معنويا لا يستطيع أن يقوم بأعماله بنفسه، وإنما يستعين بأشخاص طبيعيين يقومون بكافة أعماله، فهناك أشخاص يستعين بهم في برمجة وإعداد

---

[1]- محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 171- سليمان ضيف الله مطلق الزبن، مرجع سابق ص 314- محمد بشير محمد حامد، مرجع سابق، ص186.

الأنظمة الإلكترونية، وهناك أشخاص يستعين بهم في تشغيلها ومراقبتها وصيانتها، وأشخاص يتولون التعامل مع العملاء، فإذا أحدث هؤلاء ضررا للغير من جراء الأعمال التي يقومون بها نيابة عن البنك، فإن هذا الأخير لا يكون هو الذي أحدث الأضرار بنفسه وإنما بواسطة تابعيه.

وبما أن البنك يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، ويتولى الإشراف والرقابة والتوجيه على هؤلاء التابعين بواسطة ممثليه، فإن التساؤل الذي يطرح هنا هو: هل يسأل البنك عن أخطائهم باعتباره متعاقدا أو باعتباره تابعا؟.

للإجابة عن هذا التساؤل، انقسم الفقه إلى اتجاهين

الاتجاه الأول[1] ويرى أن البنك يكون مسؤولا عن الأضرار التي تصيب عملاءه مسؤولية عقدية شخصية، وذلك لأن مستخدمي البنك لا يتعاملون مع العميل بصفة شخصية وإنما بصفتهم نائبين عن البنك الذي تربطه بعملائه علاقة تعاقدية.

إلا أن هناك **اتجاها آخر**[2] يفرق بين مسؤولية البنك عن الأفعال الصادرة عن ممثله القانوني صاحب المركز السلطوي، وبين الأفعال الصادرة عن المستخدم صاحب المركز التنفيذي، ففي الحالة الأولى يسأل البنك مسؤولية عقدية شخصية باعتبار أن الفعل الصادر ممن يمثله كأنه صادر من الشخص المعنوي نفسه، أما في الحالة الثانية فيرون أن البنك مسؤولا باعتباره تابعا.

وقد انتقد البعض[3] هذا الرأي الأخير على اعتبار أنه لا يستند إلى أساس قانوني يدعمه، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا التوجه في الحالات التي يرتبط فيها الشخص المعنوي

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 578، – محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 158.

[2]– عادل حمزة شيبه منصور، مسؤولية الشخص الاعتباري التقصيرية في القانون الوضعي مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994م، ص 301.

[3]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 257.

بالمضرور بعلاقة تعاقدية يؤدي إلى إقحام قواعد المسؤولية التقصيرية داخل النطاق (التعاقدي)، فهذا الاتجاه لم يقدم حلولا عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية العقدية دون الرجوع لفكرة التابع والمتبوع التي نجد مجالها الطبيعي داخل إطار المسؤولية التقصيرية.

ومن جانبنا نؤيد ما اتجه إليه الرأي الأول، لأن ما يقوم به مستخدم البنك، من أنشطة ترتبط بتنفيذ هذا الأخير لالتزاماته العقدية تجاه عملاءه، إنما تصدر منه بصفته ممثلا للبنك، بحيث يختفي الحد الذي يفصل بين شخصية البنك وشخصية المستخدم ويظهر وكأنهما شخص واحد بالنسبة للعميل المضرور، وبالتالي فإن أي خطأ يصدر من مستخدم البنك يؤثر على الالتزامات العقدية المتبادلة بين العميل والبنك فإنه لا بد أن يدخل في نطاق مسؤولية البنك العقدية، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إقحام قواعد المسؤولية التقصيرية داخل الإطار العقدي في معظم الحالات التي يرتكب فيها مستخدم البنك خطأ تجاه عملاء هذا الأخير في إطار العلاقة التي تجمعهما خصوصا أن غالبية أنشطة البنك تتم بواسطة هؤلاء المستخدمين.

لكن هل يمكن أن نتصور أن تقوم مسؤولية البنك تجاه عملائه باعتباره متبوعا في إطار استعمال بطاقات الائتمان.

في ظل الاتجاه الفقهي السائد في الوقت الراهن، والذي يرى عدم جواز الخيرة بين دعوى المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، إلا في بعض الحالات الاستثنائية، فإن العميل لا يستطيع أن يرفع دعواه وفقا لهذا الاتجاه على أساس مسؤولية المتبوع على أعمال تابعيه إلا في الحالات الاستثنائية التي حددها، والمتمثلة في ارتكاب البنك هو وأحد تابعيه غشا أو خطأ جسيما، أو كان الضرر ناتجا عن إخلال عقدي وجريمة جنائية في الوقت نفسه، ففي هذين الحالتين يستطيع العميل أن يرفع دعواه على البنك على أساس المسؤولية العقدية أو على أساس المسؤولية التقصيرية، باعتبار البنك متبوعا أيهما أصلح له.

غير أنه لا بد أن يتوافر في مسؤولية البنك باعتباره تابعا وفقا للقانون الجزائري[1] شرطان الأول: أن يكون للبنك سلطة فعلية على الشخص مرتكب الفعل الضار، وهذه السلطة تتحقق إذا كان البنك يملك حق توجيه المستخدم محدث الضرر باعتباره تابعا له يعمل تحت إشرافه وتوجيهه ولحسابه.

أما الشرط الثاني فيعني أن المستخدم محدث الضرر قد ارتكب الخطأ في أثناء وبسبب تأديته لوظيفته التي تدخل في إطار مهامه واختصاصاته التي حددها له البنك التابع له، وتشمل كل الحالات التي يتم فيها تنفيذ المهام الموكلة إليه بشكل سيء.

ويذهب البعض[2] إلى أن مسؤولية المتبوع تتحقق حتى لو لم يكن الوظيفة التي استغلها التابع في ارتكاب الخطأ الذي ألحق الضرر بالمضرور هي السبب المباشر في إحداثه، حتى لو لم يرتكب الموظف التابع ذلك الخطأ لتحقيق مصلحة المتبوع، وإنما تتحقق مسؤولية المتبوع حتى ولو كان الباعث على ارتكابه الخطأ هو تحقيق مصلحة شخصية مرتبطة بالتابع، ولا شك أن ذلك حماية كبيرة للمضرور، إذ لا يستطيع المتبوع أن يدفع دعوى المضرور بأن الوظيفة التي استغلها التابع في إلحاق الضرر به ليس لها علاقة مباشرة بذلك الخطأ، إنما يتحمل مسؤولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كما سنرى لاحقا.

مما سبق يتضح لنا أن العملاء المضرورين لا يستطيعون أن يرفعوا دعواهم على أساس قواعد المسؤولية عن فعل الغير إلا في حدود ضيقة، الأمر الذي لا يمكن معه الاعتماد على هذه القواعد كأساس لمسؤولية البنك في بطاقات الائتمان، مما يطرح التساؤل

---

[1]– وتنص المادة (136) من القانون المدني الجزائري على أنه : "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وضيفته أو بسننها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

[2]–أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا، بدون ناشر، 1976م، ص 19– عادل حمزة شيبة منصور، مسؤولية الشخص الاعتباري التقصيرية في القانون الوضعي مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994م ، ص 19 .

التالي : ما مدى إمكانية اعتبار البنك حارسا للنظام الإلكتروني وتأسيس مسؤوليته بناء على المسؤولية الناشئة عن الأشياء، عسى أن يحقق هذا النوع للعميل حماية أكبر؟.

ثانيا/ إقامة مسؤولية البنك باعتباره حارسا للنظام الإلكتروني.

سبق أن بينا أن البنك يستعين في إطار بطاقات الائتمان بالعديد من الأجهزة والبرامج الإلكترونية، والتي تدار من خلاله بواسطة موظفين تابعين له يعملون بناء على تعليمات صادرة منه وتحت إشرافه، وبذلك فإن التساؤل الذي يثور هنا هو: ما مدى إمكانية العميل المضرور إقامة دعواه بالتعويض تجاه البنك باعتبار هذا الأخير حارسا[1] للنظام الإلكتروني يمتلك قدرة استعماله وتسييره ورقابته.

للإجابة عن هذا التساؤل ذهب بعض الفقه[2] إلى أن البنك يعد حارسا للنظام الإلكتروني الذي تحت سيطرته، وبالتالي يعد مسؤولا عن أي أضرار لعملائه وفقا لقواعد المسؤولية عن الأشياء، ويستند أصحاب هذا التوجه في تبرير رأيهم إلى أن البنك تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في حارس الأشياء.

وأول هذه الشروط أن يكون الشيء محدث الضرر، والذي يحتاج إلى عناية خاصة تحت حراسة شخص معين، بحيث تكون له سلطة فعلية عليه وقت وقوع الضرر، سواء على مكونات هذا الشيء أو طريقة استعماله ويستوي بعد ذلك أن تكون لهذا الشخص سلطة قانونية أم لا.[3].

---

[1]- يقصد بالحراسة السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الشيء أو الحيوان، والتصرف في أمره، أما الحارس الذي يفترض الخطأ من جانبه فيقصد به ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء أو الحيوان.

[2]- شريف غنام مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مرجع سابق، ص 39 – حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 65- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق ص 323.

[3]- الحراسة القانونية هي التي يستند فيها الحارس إلى سلطة قانونية على الشيء يستمدها من حق عيني على هذا الشيء، أو من حق شخصي متعلق به ولا يشترط الحيازة المادية للشيء، إذ يكفي الحراسة القانونية، وبالتالي فإن فقده لحيازته المادية للشيء لا يفقده سلطته القانونية عليه، والتي تبقى له رغم فقد سيطرته المادية عليه، وقد انتقد بعض الفقه قيام الحراسة على أساس النظرية القانونية، لعدم استنادها على أساس من القانون هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن نظرية

وتقوم الحراسة الفعلية على عنصرين[1]: الأول مادي ويقتضي أن يكون للشخص سلطة في استعمال الشيء وتسييره ورقابته، ولا تتطلب هذه السلطة أن يكون الحارس واضعا يده على الشيء ماديا أي لا تشترط الحيازة المادية للشيء، فقد يكون الشيء في يد شخص آخر ويكون للحارس مع ذلك سلطة رقابته،، مثل تسليم البنك للتاجر الأجهزة الإلكترونية التي يستعين بها في قبول بطاقات الائتمان.

والعنصر الثاني معنوي يقتضي أن يتجه قصد الحارس إلى استعمال هذه السلطات لتحقيق مصلحة أو فائدة شخصية تعود عليه، دون أن يكون خاضعا لرقابة وإدارة شخص آخر[2].

أما الشرط الثاني: فهو أن يكون الضرر قد وقع بفعل الشيء، أي أن يكون الشيء قد تدخلا تدخلا إيجابيا[3] في إحداث الضرر، فلا يكفي التدخل السلبي، ويتحقق التدخل

الحراسة القانونية لا تقدم معيارا دقيقا يساعد على تعيين الحارس المسؤول فلا يعتبر السارق – وفقا لهذه النظرية– حارسا للشيء المسروق الذي أحدث الضرر للغير، وإنما الحارس هو مالكه الذي له سلطة القانونية عليه، والذي يعتبر وفقا لذلك مسؤولا عن أي ضرر يحدثه هذا الشيء، حتى ولو فقدت حيازته المادية، وهذا لا يتفق مع مبادئ العدالة والمنطق القانوني السليم، وقد تم استبدال هذه النظرية بالنظرية الفعلية.

– محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 77 – أمجد محمد منصور، المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1415هـ، 1994م، ص 55.

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 998، – أمجد محمد منصور،المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء دراسة مقارنة ،رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر 1994، ص 59.

[2]لمزيد من التفاصيل حول عناصر الحراسة الفعلية :

– محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 83.

[3]– يستعين الفقه والقضاء في تحديد متى يعد تدخل الشيء إيجابيا في إحداث الضرر بفكرتين : فكرة الشيء الساكن والشيء المتحرك، وفكرة الشيء المألوف والشيء غير المألوف، وتقوم فكرة الشيء المتحرك والشيء الساكن على أساس أن الشيء الساكن لا يؤدي إلى إحداث الضرر، ولا يمكن أن تنشأ بينه وبين الضرر علاقة سببية، فالتدخل الإيجابي يفترض أن يكون الشيء متحركا، أما فكرة الشيء المألوف والشيء غير المألوف فتقوم على أساس وضع الشيء محدث الضرر وإذا ما كان يتخذ وضعا طبيعيا في أثناء وقوع الضرر أم لا، فإذا كان الشيء في وضع مألوف فلا يكون مصدر للضرر، أما إذا كان في وضع غير مألوف قانونا أو عرفا، فمن الممكن أن يكون مصدرا للضرر، أنظر : في تفصيل الفكرتين ونقدهما :

الإيجابي للشيء عندما يكون سببا فعالا في إحداث الضرر، أي أن يكون مصدر الفعل الذي من شأنه أن يؤدي إلى إحداث الضرر، فإذا انتفى هذا الدور للشيء كان تدخله سلبيا ومن ثم لا يسأل الحارس على أساس المادة (138) من القانون المدني الجزائري.

وبذلك يرى بعض الفقه[1] أن معيار التدخل للشيء ينطبق على استخدام الأدوات والأنظمة الإلكترونية في بطاقات الائتمان، فهذه الأدوات والأنظمة تتعرض لاختلالات فنية وأعطاب كغيرها من الأجهزة والأنظمة الإلكترونية، مما يحدث أضرارا للعميل، الأمر الذي يجعل البنك الحارس مسؤولا عن تلك الإضرار على أساس حراسة الأشياء وفقا للمادة السابقة، حتى لو كان تدخل تلك الأجهزة بمقتضى نشاط إنساني سابق، سواء من طرف المستخدم الذي يقوم بتشغيل النظام أو من طرف العميل الذي يتعامل مع البنك من خلاله، ما دام لم يقصد من هذا النشاط الإنساني للمستخدم الإضرار بالعميل.

لهذا يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذا الشرط ينطبق على البنك، حيث يعتبر حارسا فعليا للنظام الإلكتروني الذي يستخدمه لتقديم خدمات بطاقات الائتمان، يمارس السيطرة الفعلية عليه، فيستعمله ويسيره لتنفيذ أوامره من خلال موظفين تابعين له فالبنك هو الذي

– محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 152– يحي أحمد الموافي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء–دراسة مقارنة–منشأة المعارف الإسكندرية، بدون نشر ، ص 119.

من الصعب تطبيق هذين المعيارين في مجال مسؤولية البنك عن أخطاء النظام الإلكتروني في بطاقات الائتمان، فوفقا للمعيار الأول لا يمكن أن نعتبر الأجهزة المخزنة للنظام الإلكتروني من الأشياء التي تتحرك وإنما ساكنة، وبالتالي فلا يمكن وفقا للرأي الذي يرى أن الشيء الساكن لا يكون مصدرا للضرر أن تقوم المسؤولية البنك عن الأخطاء التي يسببها النظام الإلكتروني، أما المعيار الثاني فلا يتصور تطبيقه كذلك على الأجهزة التي تحتوي أنظمة تحويل فأجهزة الكمبيوتر المشغلة لتلك الأنظمة تتواجد عادة في مكان آمن مخصص لها داخل البنك، فهو عادة في وضع مألوف في أثناء الاستخدام.

إلا أن هناك رأيا جديرا بالإتباع يرى أن مناط تطبيق فكرة التدخل الفعال للكمبيوتر في إحداث الضرر للعميل تتحدد بكون الضرر نتيجة مباشرة لاستخدام الأجهزة الإلكترونية، بحيث تكون هذه الأخيرة هي العامل الرئيسي في تحقيقه، فلا حاجة إلى اللجوء إلى معايير الشيء المألوف والشيء غير المألوف، والشيء المتحرك والشيء الساكن، فليس هناك تلازم بين تحرك الشيء أو وضعه غير المألوف وبين التدخل الإيجابي في إحداث الضرر، لمزيد من التفصيل أنظر :

– شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مرجع سابق، ص 97.

[1]– شريف غنام، المرجع نفسه، ص 97. سليمان ضيف الله مطلق الزبن، مرجع سابق، ص 309.

يستخدم النظام الإلكتروني وهو الذي يستفيد منه في نشاطه، ويحوز النظام الإلكتروني حيازة مادية، حيث يكون تحت تصرف الموظف التابع له، ومن ثم هو يتمتع بسلطة الاستعمال كما فسرها الفقه والقضاء، بالإضافة إلى ذلك يمارس البنك سلطة التسيير، حيث يمتلك إصدار الأوامر إلى الكمبيوتر في أثناء تنفيذه لأمر العميل بالدفع للتاجر، فموظف البنك هو الذي يجعل الجهاز يقوم بعملية الدفع، وهو الذي يأمر النظام الإلكتروني بتحويل أموال إلى من حساب الحامل إلى حساب التاجر[1].

كما أن هذا التوجه يرى أنه لا يسقط أن يكون البنك حارسا أنه لا يمارس سلطة الرقابة على النظام الإلكتروني، ففحص النظام وإجراء الصيانة له تقوم به عادة شركات نظم المعلومات التي أعدت النظام، كما أن البنك لا يقوم بصيانة خطوط الاتصالات التي تستعمل في تنفيذ أوامر العملاء فتقوم بها شركات الاتصالات والانترنت، ويرجع عدم تأثر الحراسة الفعلية للبنك بهذا الأمر إلى أنه في حالة انفصال سلطتي الاستعمال والتسيير عن سلطة الرقابة فإنها تغلب سلطة الاستعمال على سلطة الرقابة فمن يستعمل الشيء يعد حارسا فعليا له حتى لو كانت سلطة الرقابة لشخص آخر، لهذا يمكن إقامة مسؤولية لبنك في بطاقات الائتمان باعتباره حارسا للنظام تشغيل هذه البطاقات، ومسؤوليته تقوم هنا على أساس الخطأ المفترض من جانبه، بحيث لا يبقى على المضرور سوى إثبات توافر ركني الضرر وعلاقة السببية أي يثبت أن الضرر الذي أصابه كان من جراء عمل النظام الإلكتروني أو فعله[2].

وما يجدر أن نشير إليه في الأخير أنه لا يمكن الاعتماد على هذا الأساس لقيام مسؤولية البنك عن الأضرار التي تصيب عميله عند استعمال بطاقات الائتمان، وذلك لأن المسؤولية عن حراسة الأشياء تستلزم أن يكون المضرور أجنبيا عن المسؤول[3]، بينما في

---

[1]– سليمان ضيف الله مطلق الزبن، مرجع سابق، ص 310– شريف غنام، مرجع سابق، ص 99.

[2]– سليمان ضيف الله مطلق الزبن، مرجع سابق، ص 311.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 991.

حالتنا هذه نجد المضرور دائما يرتبط مع البنك المسؤول بعقد ينظم العلاقة الرابطة بينهم، وبالتالي فإن قيام مسؤولية البنك على أساس المسؤولية التقصيرية عن حراسة الأشياء من شأنه أن يقحم قواعد هذه المسؤولية داخل النطاق التقصيري، وهذا غير صحيح، لأنه لا بد من التقيد بقواعد المسؤولية العقدية، ما دام أن الضرر الذي لحق بالعميل كان ناتجا عن إخلال البنك بأحد التزاماته التي أوجبها عقد الحامل أو عقد التاجر.

المبحث الثاني

التوجهات الحديثة للمسؤولية المدنية للبنك في بطاقات الائتمان

من خلال ما سبق تبين لنا أن القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي تقوم على فكرة الخطأ كأساس لها، لا تحقق الحماية الكافية لعملاء البنوك في كثير من الحالات عندما يدعى العميل إصابته بأضرار نتيجة التعامل مع البنك في إحدى العمليات التي تتم ببطاقات الائتمان، فهذه القواعد لا تواكب الكثير من التطورات التي أفرزها التقدم الهائل في المجال التكنولوجي والصناعي والاقتصادي، بالتالي لا تقدم الحلول الكافية لمعالجة عدم كفاية الخطأ كأساس لمسؤولية البنك كشخص محترف ومتخصص في العمليات المصرفية عموما وبطاقات الائتمان على وجه الخصوص، والذي تبين فيما بعد هو خصوصية هذه المسؤولية، واختلافها عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

وتكمن إشكالية الصعوبة في تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية عن أخطاء البنك في تلك العمليات في أمرين:

الأمر الأول : ويتمثل في الصعوبة التي تواجه العميل في إثبات خطأ البنك في أي حالة من الحالات التي يدعى فيها إصابته بالضرر من جراء استخدام النظام الإلكتروني في إحدى عمليات بطاقات الائتمان، لسيطرة البنك واحتكاره لذلك النظام الذي يحتوي على أدلة الإثبات، وحتى في الحالات التي يمكن فيها إثبات خطأ البنك، فإن هذا الأخير يستطيع

التخلص من ذلك بسهولة بإثبات السبب الأجنبي، نظرا لما يتمتع به من قدرة فنية ومالية وقانونية تمكنه من تحوير أدلة الإثبات بما ينفي عنه الخطأ.

الأمر الثاني: أن القواعد العامة للمسؤولية المدنية لم توضع في الأصل لتنطبق على العمليات المصرفية، وعلى مؤسسات بحجم المؤسسات البنكية، فهذه المؤسسات منظمة بموجب قوانين خاصة، إلى جانب مجموعة من الأعراف والعادات المهنية والمصرفية الصحيحة المتعارف عليها، والتي توضح حدود ممارسة تلك المؤسسات لأنشطتها، وتمارس أنشطة ذات مخاطر استثنائية زاد من حدتها الاعتماد المتزايد من قبل تلك المؤسسات على الأنظمة الإلكترونية الحديثة في ممارستها لأعمالها.

وبذلك ظهرت بعض التوجهات الحديثة[1] التي تنادي بتوفير أكبر قدر من الحماية للعميل المضرور في الحصول على تعويض الأضرار التي أصابته، وتجنبيه مشقة إثبات ما يدعيه، وذلك بتبنيها لأفكار وقواعد ذات خصوصية معينة تقوم عليها مسؤولية البنك تتواءم مع خصوصية العمليات التي يمارسها، وذلك من خلال تحوير القواعد العامة للمسؤولية المدنية بما يتفق مع مركز البنك كشخص مهني محترف يمارس أعمالا ذات خطورة استثنائية.

وقد اختلفت نظرة هذه التوجهات التي تدعوا جميعها إلى التشديد في مسؤولية البنك، في كيفية تحوير القواعد العامة للمسؤولية المدنية لإيجاد أساس لمسؤوليته عن تلك العمليات، يتفق مع خصوصية وطبيعة العمليات التي يمارسها والوسائل المستخدمة في

[1] – جمال عبد الرحمن محمد علي، الخطأ في المجال المعلومات، دراسة في العلاقة بين بنوك المعلومات والمستخدم النهائي، الطبعة الثانية، بدون ناشر، 2003م، موجود بمكتبة حقوق جامعة المنصورة، ص 57- جابر محجوب علي محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة – مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها –، دار النهضة، القاهرة، 2001، ص 157 – حماد مصطفى عزب، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، دار النهضة العربية، 1996، ص 220 – محمد حسيني صقلي، المسؤولية المدنية للبنك في مواجهة المتعاقد أو الغير، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، الرباط، 19–20 يونيو، 1993م، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 398.

تنفيذها بما يحقق اكبر قدر من الحماية للعميل المضرور، فمنها من حاول تأسيس مسؤولية البنك على اعتبار أنه شخص مهني يمارس أنشطته في ضوء مجموعة من الأعراف والعادات المهنية التي تستمد قوتها الإلزامية من استمرار العمل بها من أفراد المهنية البنكية، ويعد من وجهة نظرهم تلك الأعراف والعادات هي الحاكمة والمنظمة للتعامل بين البنوك وعملائها، وهي المرجع في تحديد التزامات ومسؤولياتهم، وأن العقد ليس إلا مجرد إشارة لبدء الشخص المهني في تنفيذ التزاماته التي تجد مصدرها في الأعراف والعادات المهنية "المطلب الأول" بينما البعض الآخر ينظر إلى المخاطر التي تتعرض لها البنوك في أثناء ممارستها لنشاطها، الأمر الذي دفعه إلى جعل هذه المخاطر على أنها هي السبب في تشديد مسؤولية البنك وإقامة مسؤوليته على أساس موضوعي دون حاجة لإثبات الخطأ من جانبه "المطلب الثاني".

وفي الأخير لا بد لنا من بيان رأينا الخاص بشأن أساس مسؤولية البنك عن استخدامه لبطاقات الائتمان وذلك في "المطلب الثالث".

المطلب الأول

مسؤولية البنك باعتباره مهنيا

إن السرعة والثقة التي تتطلبها العمليات التجارية وما يترتب على ممارستها من مخاطر كبيرة، لا تقتصر على الأشخاص العاديين الذين يستخدمونها، وإنما قد تؤثر على الاقتصاد القومي ككل، بل قد تتخذ في بعض الأحيان بعدا عالميا، مما جعل المشرع يدرك حقيقة خطورة تلك العمليات وأسند ممارستها إلى أشخاص مهنيين محترفين لديهم من الخبرة والدراية والإمكانات المادية والفنية والقانونية ما يمكنهم من ممارسة تلك العمليات بكفاءة واقتدار.

واكتساب البنوك التجارية عند ممارستها لأنشطتها المصرفية لصفة المهني المحترف، أدت إلى إدراك الفقه ومنذ فترة طويلة للدور الذي تلعبه الصفة المهنية في تحديد الالتزامات التي تثقل كاهلها في علاقتها مع غير المهنيين، والتي قد تقع على كاهلها التزامات مشددة لا نظير لها بالنسبة للأشخاص العاديين المتعاملين معها نتيجة لاحتكارها معظم العمليات المصرفية عموما وخدمات بطاقات الائتمان على وجه الخصوص، وتستمد تلك الالتزامات وجودها من الأعراف والعادات المصرفية السائدة.

ولا يقتصر دور الصفة المهنية على تشديد مضمون التزامات البنك في مواجهة عملائه، وإنما تنعكس ظلالها على مسؤوليته، حيث تجعله مسؤولا مسؤولية مشددة عن أي أخطاء يرتكبه في مواجهة عملائه، فالصفة المهنية لها أهمية كبيرة، في تحديد معيار الخطأ الذي تقوم به مسؤولية المهني فمعيار خطأ المهني لا يقاس بمعيار خطأ الرجل العادي من أوسط الناس، وإنما يقاس بسلوك مهني من الطائفة نفسها، والدرجة لامتلاكه الخبرات العملية والعلمية ما لا يتوافر للأشخاص العاديين.

لهذا فإن البحث عن مسؤولية البنك على أساس الصفة المهنية التي يكتسبها من ممارسته العمليات المصرفية يتطلب منا أولا معرفة أثر تلك الصفة على التزامات البنك تجاه عملائه، قبل معرفة أثرها على طبيعة المسؤولية المدنية للبنك لتحديد مدى إمكانية الاعتماد على القواعد المهنية في حماية المضرورين عند استخدام نضام بطاقات الائتمان.

الفرع الأول: أثر الصفة المهنية على التزامات البنك في مواجهة عملائه.

إن العقود التي تبرمها البنوك مع عملائها في العمليات المصرفية عموما ، لا تتضمن جميع الالتزامات التي تقع على أطرافها، خصوصا الالتزامات التي تقع على كاهل البنك، حيث يهتمون بالتحديد الدقيق للالتزامات الضرورية التي تؤدي إلى تحقيق غاية معينة، لتبقى كثير منها تتولى العادات والأعراف المصرفية تحديد موضوع هذه الالتزامات ومحتواها فيها،

فالعادات المصرفية تلعب دورا كبيرا في النطاق المصرفي حيث تضفي على التزامات البنك – كما يرى البعض–[1] طابعا مهنيا بارزا.

وإذا كانت هذه الالتزامات المهنية تفرضها على البنك أصول المهنة التي يمارسها دون أن يتضمنها العقد المبرم بينه وبين العميل، فإن التساؤل الذي يثور هنا هو: ما مدى تأثير الصفة المهنية على الخطأ الناجم عن هذه الالتزامات؟

هل هو ذو طبيعة عقدية أو تقصيرية؟ أم أن طبيعته مهنية خاصة تجد أساسها في المصدر المستمد منه؟.

يرى بعض الفقه[2] أنه يجب التمييز بين نوعين من الالتزامات التي تقع على الشخص المهني (البنك): الأول تلك التي يتضمنها العقد المبرم بين المهني والعميل، فهذه الالتزامات ذات طبيعة عقدية، وأي إخلال بها يشكل خطأ عقديا يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية في مواجهة المهني المسؤول.

أما النوع الثاني: فهو الالتزامات التي تجد مصدرها في العادات والأعراف المهنية، فهذه الالتزامات ذات طبيعة مهنية خاصة، يشكل الخطأ الناتج عن الإخلال بها نوعا جديدا من الخطأ يسمى "الخطأ المهني" والذي يقوم في كل حالة يخرج فيها الشخص المهني عن قواعد وأصول مهنته، وتعد مسؤولية البنك وفقا لهذا الاتجاه مسؤولية مشددة عن أخطائه المهنية، وهو يختلف عن الخطأ العادي الذي يقع دون أن يكون الشخص المهني قد أخل بالأصول الفنية المهنية، ووفقا لهذا التوجه يترتب على عاتق الشخص المهني مسؤولية مطلقة، بينما الخطأ العادي لا يرتب مسؤوليته إلا إذا كان الخطأ على قدر من الجسامة.

---

[1]– حماد مصطفى عزب، مرجع سابق، ص 221 .

[2]– محمد حسيني صقلي، مرجع سابق ص 399.

وقد انتقد بعض الفقه[1] هذا التوجه على أساس أنه يقوم على غير سند واقعي وقانوني، فالمشرع لم يميز بين أنواع الخطأ الموجب للمسؤولية سواء كان خطأ يسيرا أو جسيما، أو بين شخص مهني أو غير مهني، بالإضافة إلى أن اعتبارات الثقة التي يوليها الأفراد للأشخاص المهنيين – نتيجة لما يحوزونه من خبرات عالية ومؤهلات وإمكانيات – تتطلب مساءلتهم بشكل أكبر، بالتالي فإن الشخص المهني يعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية عن جميع أخطائه دون تمييز بين خطأ مهني أو عادي.

إلا أن هناك توجها آخر[2] يرى أن جميع التزامات المهني التزامات ذات طبيعة مهنية خاصة، سواء تلك التي نص عليها العقد المبرم بين الأطراف، أو تلك التي تستمد وجودها من الأعراف والعادات المهنية، ويبرر ذلك بأن إرادة الأطراف تتجلى في المجال المهني عن الدور المنوط بها في خلق الالتزامات التعاقدية وتحديد مضمونها، لأن الالتزامات المهنية تتصل بالصالح العام اتصالا مباشرا على الوجه الذي يجعلها تقع تحت سلطان النظام العام، وأن دور العقد مجرد وعاء صالح لان تصب فيه التزامات قانونية ومهنية موجودة سلفا، فالأطراف يتفقون على مبدأ العقد ثم يحيلون ضمنا إلى النصوص القانونية وقواعد وأخلاقيات المهنة في تحديد التزامات المهني، ويقبلون هنا التحديد مقدما دون أن تكتسب هذه الالتزامات الطبيعة العقدية[3]، ويخلص هذا التوجه إلى أن ما يلتزم به المهني تجاه عميله ، هي في

---

[1]– جمال عبد الرحمن محمد علي، مرجع سابق،ص 58.

- Philipe Le Tourneau, op.cit, p. 1201.

[2]-جابر محجوب علي محجوب، مرجع سابق، ص 158 .

[3] من الحجج التي ساقها صاحب هذا التوجه أن العقد ليس له أي دور في إنشاء التزامات المهني، عدم قدرة الأطراف في التعديل في هذه الالتزامات المفروضة بمقتضى قواعد المهنة وأعرافها، سواء بإنقاصها أو بزيادتها، بحيث تنتفي في علاقة المهني بعميله كل الاشتراطات المشددة أو المخففة لالتزامات الأول في مواجهة الثاني، بالإضافة إلى أن عدم اشتراط العميل لمثل هذه الالتزامات في العقد لا يعفي المهني منها لتعلقها بالنظام العام، بصرف النظر من اتجاه الإرادة إليها من عدمه، وأخيرا يرى أن خير دليل على عدم نشوء التزامات المهني تجاه عميله من العقد أن هذه الالتزامات تثقل المهني تجاه أي شخص يحصل على خدماته حتى ولو لم يكن ثمة عقد يربط بين الطرفين.

– جابر محجوب علي محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة، مرجع سابق، ص 160.

حقيقتها التزامات مهنية نشأت من قواعد، أخلاقيات المهنة وإن أي إخلال بتلك الالتزامات المهنية يشكل خطأ مهنيا ذا طبيعة خاصة، يسأل عليها المهني على أساس القواعد والأعراف المهنية التي تعد قواعد أخلاقيات المهنة تقنينا لها، وليس على أساس قواعد المسؤولية العقدية.

ومن جانبنا نرى أنه من الصعب التسليم بالرأي الثاني، فإنكار وجود العقد نهائيا في خلق الالتزامات بين الأطراف يؤدي إلى نتائج خطيرة على مستوى حرية الاتفاقات، بحيث يصبح من العبث أن يقوم الأفراد بتنظيم العقود فيما بينهم، في حين أنهم لن يخضعوا لها، فالالتزامات التي تفرضها العادات والأعراف المصرفية تعد مكملة لنصوص العقد، استنادا إلى نص المادة (107) من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : "...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد صريحا فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام...".

وبالتالي فإن الإخلال بهذه الالتزامات لا يغير من طبيعة الخطأ الذي ينتج عن هذا الإخلال، إذ أنه يشكل خطأ عقديا يسأل عليه المسؤول على أساس قواعد المسؤولية العقدية، ما لم يكن الإخلال بالالتزام العقدي يقترن بجريمة جنائية أو ارتكاب المدين غش أثناء تنفيذ التزامه ففي هذه الحالات يمكن مساءلته على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، كما أوضحنا سابقا.

فالتشديد في مسؤولية البنك المحترف لا يعني أن الصفة المهنية تغير من طبيعة الخطأ الناشئ عن الإخلال بالالتزامات المستمدة من الأصول والأعراف البنكية، بما يشكل هذا الخطأ نوع آخر من المسؤولية، فالتشديد يرجع إلى أن البنك شخص محترف يمتلك خبرة كبيرة ومعارف واسعة بخصائص العمليات التي يقوم بها، مما يجعل من السهل عليه توقع وقوع ضرر للعميل ونتائجه في كثير من الحالات، بالإضافة إلى امتلاكه لإمكانيات مالية

وقانونية تجعل من العدل التشدد من مسؤوليته، فيتحمل جمع الأخطاء التي يرتكبها مهما كان حجمها.

فالتزامات البنك المهني إما أن تكون التزامات بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، وتتحدد مسؤوليته وفقا لمضمون الالتزام الذي أدى الإخلال به إلى نشوء الخطأ الموجب لمسؤوليته، فإذا كان التزامه ببذل عناية فإن الصفة المهنية تضفي على الخطأ الناجم عن هذا الالتزام طابعا خاصا فيما يتعلق بمعيار تقديره، حيث لا يتم على أساس معيار الرجل المعتاد، وإنما على أساس معيار المهني المعتاد، فدرجة العناية المطلوبة من البنك المهني تختلف عن درجة العناية المطلوبة من عميله غير المهني، فالبنك شخص مهني متخصص لديه خبرة كافية في مجال الأنشطة المصرفية التي يزاولها، فضلا عن أهمية المصالح المعهود بها إليه والوسائل والإمكانات التي يحوزها[1].

وإذا كان الاحتراف يشدد من مضمون التزامات البنك في مواجهة عميله فإن هذه الالتزامات لا تصل إلى درجة قلب الالتزام من بذل عناية لتصبح التزامات بتحقيق نتيجة[2]، نظرا لامتلاكه للوسائل الضرورية لممارسة نشاطه وعنصر الخبرة والاحتراف، فعوامل الخبرة والاحتراف لا تغير من طبيعة الالتزام نفسه، فما يتخذ الصفة الاحتمالية، كالتزام الطبيب أو المحامي لا يمكن ضمان نتيجة تحققه حتى من أشد الناس حرصا، وبالتالي فإنه يمكن القول : أن الجهد الذي يجب أن يبذله الشخص المهني أكثر مما يجب أن يبذله الشخص العادي، لا أن ينقلب التزامه من بذل عناية لتحقيق نتيجة[3].

---

[1]- حماد مصطفى عزب، مرجع سابق، ص 222.

[2]-Philipe Le Tourneau, op.cit.1232.

هناك رأي يرى أن الاعتبارات الخاصة بارتفاع المستوى الفني للمدين المحترف، وخطورة الأداء الذي يلتزم به، والثقة الزائدة التي يعول عليها المرتبطون تعاقديا من شأنها أن تغير من الطبيعة القانونية لالتزام المدين المحترف ليصبح التزاما بتحقيق نتيجة بدلا من تحقيق عناية.

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، مرجع سابق، ص 4.

[3]- محمود أبو فروة، مرجع سابق، هامش 3، ص 178.

الفرع الثاني: أثر الصفة المهنية على طبيعة مسؤولية البنك تجاه عملائه.

إن الخصائص والمميزات التي تتميز بها مسؤولية الشخص المهني دفعت البعض[1] إلى القول بأن هذه المسؤولية ذات طبيعة خاصة تقوم على أساس المزج بين قواعد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية أو بعض قواعدها ليفرز نوعا ثالثا ونموذجا آخر من المسؤولية يسمى المسؤولية المهنية، هذا النوع الجديد من المسؤولية لا يطبق إلا على فئة أو طائفة خاصة من الأشخاص هي فئة المهنيين الذي يمتلكون الخبرة والدراية الكافية بأصول مهنتهم وقواعدها، ومتابعتهم لا يطرأ عليها من تقدم وتطور، التي تفرض عليهم من الأحكام والالتزامات، ما لا يتوافر بالنسبة للأفراد العاديين، وينتظر الشخص العادي منهم من العناية والحرص عند أداء مهنتهم ما لا ينتظر من الباقين.

فالشخص المهني يجد نفسه ملزما بإتباع مجموعة من القواعد التي تجد مصدرها في العادات المهنية، أكثر منه في العقد، فقد اعتبرت هذه العادات مصدرا أساسيا لالتزامات المهني، وتكونت فيها القوانين واللوائح، هذه العادات تحدد مضمون التزامات المهني، بل وقد تحدد التعويض وحدوده في حالة وجوبه[2].

ولكن هذا التوجه لا ينكر دور العقد كأساس للعلاقة بين المهني والعميل، فالعقد موجود وإن كان دوره وفقا لهذا التوجه هو مجرد إعطاء إشارة البدء للمهني في تنفيذ الالتزامات التي يفرضها القانون أو العادات المهنية.

إلا أن هناك اتجاها آخر[3] يعارض هذه الاتجاه بشدة، لعدم استناده على أي أساس واقعي وقانوني، فمن الناحية الواقعية فالقضاء لا زال ينظر إلى علاقة العميل المضرور

---

[1]- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، مرجع سابق، ص 37 .

- أحمد شوقي عبد الرحمان، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، المرجع السابق، ص 110- معتز نزيه محمد صادق المهدي، المتعاقد المحترف مفهومه التزاماته ومسؤوليته، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 111.

[2]- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 38.

[3]-Philipe Neau-Leduc, Droit bancaire, op.cit, p.106, 107

بالشخص المهني على أنها علاقة عقدية ويقيم مسؤوليته على هذ الأساس، فالأشخاص لا ينظمون في العقد إلا المسائل الأساسية، ويبقون الكثير من المسائل للعرف والقانون، أما من الناحية القانونية فهو يرى أن المشرع لم ينظم إلا نوعين من المسؤولية وهما العقدية، والتقصيرية أما المسؤولية التي تجمع في طياتها بين نصوص وخصائص كل من المسؤوليتين فإنها لا تجد لها سندا من القانون.

ومن جانبنا نرى أن هذا الرأي الأخير هو الأحرى بالإتباع، فإخلال الشخص المهني بالتزاماته الناتجة عن أصول مهنته وقواعدها، لا يمكن أن يقيم إلا مسؤوليته العقدية، فالشخص لا يلتزم – كما أشرنا سابقا– بما ورد في العقد وإنما يشتمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف.

بالإضافة إلى أن أثر الصفة المهنية لا يؤدي إلى تغيير طبيعة المسؤولية المدنية للبنك المهني بخلق مسؤولية جديدة تختلف عن تلك التي حددها القانون، وإنما تؤدي إلى تشديد في مضمون التزامات الشخص المهني وتأثيرها على المعيار الذي يقاس عليه خطأه، بحيث لا يقاس على أساس خطأ الرجل المعتاد، وإنما على أساس المهني الذي وجد في الظروف نفسها والدرجة بحكم خبرته وإلمامه بأصول مهنته وقواعدها، والذي ليس من العدل أن يتساوى في مقياس خطئه بخطأ الأشخاص الذين قد لا يكون لديهم تلك الخبرة والدراية التي يمتلكها الشخص المهني.

وما دام أن التشديد في مضمون التزامات المهني لا يغير من طبيعة مسؤوليته ولا يغير الأساس الذي تقوم عليه، فإن الاعتماد على الصفة المهنية لا يحقق الحماية الكافية لعملاء البنك من الأضرار التي تلحقهم عند استعمال بطاقات الائتمان، خصوصا أنها لا تؤدي إلى نقل عبء الإثبات من على كاهل المضرور والطرف الضعيف في العلاقة العقدية إلى كاهل البنك المهني المتسبب في الضرر عندما تكون التزامات هذا الأخير التزامات ببذل

– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 183.

عناية وتعد مشكلة الإثبات من أهم المشاكل التي تواجه العميل المضرور في الحصول على حقه في التعويض عن الأضرار التي تلحقه، وتزداد تل المشاكل تعقيدا إذا ما علمنا باتجاه البنوك المتزايد – خاصة مع بروز المخاطر الكبيرة التي تسببيها الأنظمة الإلكترونية –إلى جعل التزاماتها في العقود التي تبرمها مع عملائه التزامات ببذل عناية، وطبيعة هذا الالتزامات سواء كان البنك مطالبا ببذل عناية الرجل المعتاد أو الرجل المهني، لا تؤدي إلى قلب عبء الإثبات، وإنما العميل هو الذي يظل ملزما بإثبات ما يدعيه، وهو ما يصعب عليه القيام به في سبيل البحث عن الوسائل التي تمكنه من جبر الضرر الذي لحقه.

لهذا كان لا بد من البحث عن أساس آخر يكفل تحقيق الحماية الكافية للعميل المضرور عن الأضرار التي تلحقه نتيجة ممارسة البنك لأنشطته، بحيث يعتمد ذلك الأساس على قواعد قانونية كفيلة بحصول العميل على تعويض عادل عن الضرر الذي أصابه، دون أن يكون ملزما بإثبات خطأ المسؤول، ودون أن يكون من حق الأخير التذرع بأي سبب أجنبي يعفيه من المسؤولية، كذلك أن لا يكون هناك خروج عن الرابطة العقدية بين البنك والعميل، وقد وجد بعض الفقه ضالتهم في قواعد المسؤولية الموضوعية، وهذا ما سنوضحه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك عن استعمال بطاقات الائتمان

سبق أن بينا أن الأساس التقليدي الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، وهو الخطأ لا يحقق الحماية الكافية للحامل اثناء استعماله لبطاقة الائتمان ولا لتاجر عند قبوله الوفاء ببطاقات الائتمان، لهذا توجهت مجهودات الفقهاء في محاولتهم لتفادي الانتقادات الموجهة لذلك الأساس إلى تبنيهم نظرية جديدة تسهل على العميل الاستفادة من التعويض لمجرد

تحمله الضرر من جراء نشاط البنك وتسمى هذه النظرية بنظرية "تحمل المخاطر"[1]، وتقوم هذه النظرية على هجر الخطأ كأساس للمسؤولية واستبدال فكرة تحمل تبعية المخاطر به، فيكفي لقيام المسؤولية وفقا لهذه النظرية، حدوث ضرر للمدعي من جراء النشاط الذي يمارسه المدعي عليه لمساءلته عن جبر هذا الضرر، بمعنى أنها تقوم على ركنين فقط هما الضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر[2].

وسوف نتناول هذه النظرية في ثلاثة فروع : (الأول) نتناول فيه مضمون النظرية، و(الثاني) نتناول فيه مدى تطبيقها على مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان، وفي (الثالث) نتناول تقييم نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك في بطاقات الائتمان.

الفرع الأول: مضمون نظرية تحمل المخاطر.

بدأت نظرية تحمل المخاطر بالظهور في الثلث الأخير من القرن التاسع عشر[3] على يد الفقهاء الفرنسيين، نتيجة للتطور الهائل الذي شهدته فرنسا خلال تلك الفترة، في انتشار

---

[1]– سميت هذه النظرية تسميات كثيرة، منها: نظرية تحمل المخاطر والمسؤولية الموضوعية، ونظرية تحمل التبعية، والمسؤولية بدون خطأ.

[2]– سليمان ضيف الله مطلق الزبن، مرجع سابق، ص 323.

[3]– ساعد على ظهور هذه النظرية العديد من الأفكار والمذاهب التي ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر أهمها:

– **النزعة المادية في القانون** : والتي تعول على المظهر الخارجي للإرادة ولا تعتمد بالإرادة الباطنية للفاعل، وهذه النزعة تنظر إلى الحقوق والواجبات على أنها عناصر للذمة المالية، وأن وجوب التعويض هو ما حدث من نقص في الذمة المالية.

– **المذهب الوضعي** : وهذا المذهب تتزعمه المدرسة الإيطالية، وترى وجوب الاعتبار في النطاق الجنائي إلى أن الجرم في حد ذاته، إن العقاب يكون بالقياس إلى ما لهذا الجرم من خطر على المجتمع دون البحث في النوايا مما لا جدوى فيه، فيقتضي المنطق في نطاق المسؤولية المدنية أن لا يحتم قيامها على الخطأ بل تقوم على ما يقع من ضرر.

– **النزعة الاشتراكية في القانون** : والتي تقوم على النظر إلى المجتمع لا إلى الفرد، فلا وجو في الفكر الاشتراكي إلا للمجتمع، أما الفرد فلا يدخل في الحسبان، وبالتالي فإذا كفل القانون حقا معينا، فذلك يرجع إلى أن مصلحة المجتمع تقتضي ذلك، ففي حدوث ضرر فإنه لا يجب أن يبحث هل أخطأ مرتكبه.

– **المدرسة التاريخية** : والتي نشأت على يد الفقيه (سافيني) والذي يرى بأن القانون تطور بتطور البيئة وظروفها المختلفة، وبالتالي فإن الظروف التي دعت إلى جعل الخطأ أساس ضروريا للمسؤولية المدنية، لم يكون فيها هذا التقدم الهائل في الأنشطة الصناعية.

الآلات الميكانيكية في ميادين الصناعة والإنتاج، وما رافق ذلك التطور من مخاطر جسيمة كان يذهب ضحيتها العمال من الرجال والنساء والأطفال، وفي المقابل زادت أرباح أصحاب الأعمال وازدادت ثرواتهم، فكانت زيادة المخاطر من نصيب العامل وزيادة الأرباح من نصيب أصحاب الأعمال[1].

هذه التغيرات في العلاقات الاقتصادية لم يكن يقابلها أي تطور في القواعد التقليدية التي تتطلب لمسؤولية رب العمل قبل العامل أن يثبت هذا الأخير خطأ رب العمل، وهذا الإثبات أصبح بعد ظهور الآلة والأشياء الخطرة من الصعب على العامل إثباته إن لم يكن من المستحيل، ومن هنا أصبح العامل المضرور من الصعب عليه الحصول على التعويض ما دام هذا التعويض معلقا على إثبات خطأ رب العمل.

ولأجل توفير حماية لأولئك العاملين ظهر اتجاه فقهي[2] ينادي بضرورة تبني قواعد المسؤولية الموضوعية المبنية على أساس نظرية تحمل المخاطر، وذلك من خلال فصل الخطأ عن الضرر، لعدم قدرة الخطأ على مسايرة التطورات التي برزت في مجال الصناعة والاقتصاد، والذي يعتبر الخطأ ليس إلا أثرا من آثار الماضي البعيد عندما كانت المسؤولية المدنية تختلط بالمسؤولية الجنائية، وبالتالي يختلط التعويض بالعقوبة، أما بعد فصل

– أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص124.

[1]– محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 19، – صلاح حسن البرعي، مرجع سابق، ص 309، – أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سابق، 124.

[2]– كان الفقيه الفرنسي "سالي" من أوائل الذين دعوا إلى التحلل من الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية من خلال نظرية الخطر مقابل الربح أو الغرم بالغنم، وذلك في كتابه حوادث العمل والمسؤولية المدنية والذي تم نشره عام 1897م، حيث اتجه بداية إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في محاولته لإيجاد أساس قانوني لفكرة المسؤولية الموضوعية، إلا أن اعتماد المشرع الفرنسي الواضح على الخطأ كأساس لتلك المسؤولية جعلته يعدل عن توجهه هذا، ومن ثم اكتشف هذا الفقيه أنه يمكن الاعتماد على الفقرة الأولى من المادة (1384) من القانون المدني كأساس للمسؤولية المدنية على تحمل التبعية، بعد أن كان ينظر إليها كمقدمة أو لمدخل لما يليها من مواد لكنه أبقى نظريته هذه محصورة في إطار الصناعات الآلية، ثم جاء بعده الفقيه "جوسران" ليعتمد هذه النظرية كأساس للمسؤولية الموضوعية ووسع من نطاقها لتشمل كل شيء وليس فقط الآلة، وذلك في كتابه المسؤولية عن الأشياء غير الحية والصادر سنة 1998م، لمزيد من التفصيل أنظر :

–Francois Terré, op.cit.p678.

التعويض عن العقوبة وأصبح جزاء المسؤولية المدنية ليس إلا التعويض عن الضرر الذي كان بسبب فعل المسؤول، فإنه ليس هناك من داع لوجود أي خطأ من جانب رب العمل، إذ يكفي لتأسيس مسؤوليته عن الفعل الضار الناتج عن الآلات، الاعتماد على فكرة "الغرم بالغنم"، بحيث يتحمل الشخص تبعية العمل الذي يقوم به، أو تكون ثمرته في مصلحته أو فائدته، ومن هنا يلتزم بالتعويض الواجب عن الضرر الناتج عن العمل الذي عاد بالفائدة عليه.

فهذه النظرية لا يشترط فيها الخطأ لإلزام محدث الضرر بالتعويض، بل يكفي أن يكون الضرر قد حدث نتيجة نشاطه سواء باشر النشاط بنفسه أو باشره من قام به لمصلحته أو منفعته، أي أن هذه النظرية تقوم على ركن واحد وهو ركن الضرر.

ويسوق أصحاب هذه النظرية العديد من المبررات التي تدعم وجودها واستمرارها ما يلي:

1- صعوبة نسبة الخطأ إلى شخص معين في كثير من الحالات، نتيجة انتشار الآلات الميكانيكية المعقدة والتكنولوجيا المتقدمة، التي أصبح من المتعذر على المضرور اكتشاف الأخطاء التي يبني عليها دعواه، لعدم فهمه في بعض الأحيان كيفية عمل الشيء الذي كان السبب في إلحاق الضرر به، مما جعل من الصعب نسبة هذه الأخطاء إلى أشخاص محددين، وذلك على فرض اكتشافها.

وعليه يرون أن نظرية المخاطر جاءت لتسهل للمضرورين الحصول على التعويض المناسب للأضرار التي تحملوها دون أن يخوضوا في إثبات وقوع الخطأ ونسبته إلى شخص معين.

2- فكرة العدالة والتضامن الاجتماعي، والتي تقتضي أن من ينتفع بشيء أن يتحمل الأضرار التي تحدث للآخرين نتيجة لذلك، بالتالي يثقل التعويض ذمتهم تجاههم، لأنه

المستفيد من وراء هذا الشيء، وهذا ما يمليه التضامن الاجتماعي، ولا إرهاق فيه على صاحب الشيء الخطر، لأنه دائما يكون في مركز اقتصادي وأقوى، خاصة أنه قد يلجأ إلى نظام التأمين لمواجهة مثل هذه المسؤوليات، لما للتأمين من دور كبير في تسديد قيمة التعويضات التي قد يتحملها المهني نتيجة الأضرار التي ألحقها فعله[1].

وقد ظهرت نظرية تحمل المخاطر في صورتين الأولى : خاصة والثانية عامة أو مطلقة، وقد ظهرت هذه الأخيرة نتيجة قصور الأولى، والصورة الخاصة، فهي تقوم على فكرة تخصيص الضرر بالاستفادة من النشاط، فكل شخص ينتفع من الشيء يتحمل مخاطر هذا الانتفاع طبقا لقاعدة "الغرم بالغنم" التي تجعل عبء المخاطر على من يعود عليه الربح، ومن هنا كانت تسميتها بنظرية تحمل المخاطر المقابلة للربح، ويستشف من ذلك أن هذه الصورة الخاصة تخاطب كل من يستخدم الآلات الحديثة المتطورة في زيادة نشاطه، أو تحقيق ربح أكبر، أو فائدة أعم، فالمنطق والعدل يحتمان عليه تحمل الأضرار التي تنجم عن استخدام هذه الآلات كمقابل للربح الذي يحققه.

إلا أن البعض[2] انتقد هذه الصورة التي تقوم على المنفعة بأنها لم تستطع في الواقع أن تفسر الحالات المختلفة للمسؤولية الموضوعية في الأنشطة التي لا يتحقق فيها الربح، فهذه الفكرة قاصرة فقط على الأنشطة المربحة، أو على الأقل تلك التي يكون أمل الربح فيها غير مستبعد تماما، وأمام القصور في هذه الفكرة ظهرت في الفقه نظرية أخرى هي نظرية المخاطر المستحدثة، وهي عامة ومطلقة وليست صورة خاصة.

ومفاد هذه الصورة العامة أن من ينشئ بفعله مخاطر في المجتمع يتعين عليه أن يتحمل تبعية هذه المخاطر، بغض النظر عما إذا كان مخطئا أم لا، وبغض النظر عما إذا

---

[1]- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول المصادر، 1976م، ص 238.

[2]- أيمن العشماوي، مرجع سابق، 134.

كان يستفيد من هذه المخاطر أم لا، فكل نشاط يقوم به شخص يسبب ضررا للغير يقيم مسؤولية من يمارس النشاط.

وعلى الرغم مما لاقته نظرية تحمل المخاطر المبنية على قواعد المسؤولية الموضوعية من قبول لدى غالبية الفقه الفرنسي، في بداية ظهورها، إلا أنه لم يكن لها الصدى ذاته في التشريع الذي لم يأخذ بها إلا في بعض الحالات الاستثنائية كالقانون المتعلقة بحوادث العمل، وقانون حوادث المرور، الأمر الذي دفع بعض الفقه[1] إلى التراجع عن فكرة إقامة المسؤولية المدنية على أساس موضوعي في كل الحالات وإنما طالب بالجمع بين النظريتين الشخصية والموضوعية، بحيث تقوم تلك المسؤولية في بعض الحالات على أساس الضرر دون تطلب الخطأ في جانب المدين المسؤول، وفي حالات أخرى على أساس الخطأ، وهي ما تسمى النظرية المختلطة بين الخطأ والضرر.

وإذا كانت المسؤولية الموضوعية المبنية على تحمل المخاطر قد ظهرت في البداية بمناسبة تعويض الأضرار التي تلحق العاملين في حياتهم وأجسادهم والتي تطبق عليها قواعد المسؤولية التقصيرية، فإن بعض الفقه[2] يرى أنه لا يشترط أن ينحصر تطبيقها داخل النطاق التقصيري، وإنما يمتد إلى النطاق العقدي، لأن المشرع لم يتطلب لانعقاد المسؤولية في المجال العقدي سوى عدم تنفيذ الالتزام، دون أن تكون هناك ضرورة لوجود خطأ بمعنى الانحراف عن السلوك، كما أن هذه النظرية وجدت ليس لمواجهة الأخطار التي تلحق

---

[1]– ختلفت أصحاب هذا الاتجاه حول دور كل من الخطأ والضرر في المسؤولية، فالبعض يرى أن الخطأ ما زال هو المصدر الرئيسي في المسؤولية، لما يحققه من العدل والمساواة بين المسؤول والمضرور، بالإضافة إلى أن التشريع الحديث والقضاء ما زالا متمسكين بفكرة الخطأ في معظم أحكامه، أما فكرة المخاطر فهي لا تتدخل وفقا لهذا التوجه إلا بصفة تكميلية عندما تقتضي العدالة نصرة المضرور، وعندا لا يكون هناك أي خطأ ينسب إلى صاحب الشيء محدث الضرر.
– صلاح البرعي، المرجع السابق، ص 333.

[2]– معتز نزيه محمد صادق المهدي، المتعاقد المحترف مفهومه التزاماته ومسؤوليته، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 130، – حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص 186، – محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 185.

السلامة الجسدية للإنسان فحسب، وإنما لحماية المضرورين من أي خطر قد يهددهم سواء في أجسادهم أو أموالهم، مما يزيد من التسليم بفكرة المسؤولية الموضوعية المؤسسة على الضرر وليس على الخطأ، كذلك التطور الهائل التي تشهده المجتمعات الحديثة كل يوم، خصوصا مع بروز التخصص وممارسة الأنشطة من خلال مشاريع كبيرة تمتلك إمكانات هائلة، الأمر الذي خلق المزيد من المخاطر الكبيرة والفادحة الناجمة عن أنشطة تلك المشاريع والتي يقع ضحيتها الأفراد العاديون المتعاملون معها، والذين يشملهم ضررها هم المتعاقدون مع أرباب هذه المشاريع أو غيرهم، بالإضافة إلى أن احتراف البنوك للعمليات المصرفية وممارستها بقصد تحقيق الربح يجعل من الواجب الاستعانة بالقواعد الموضوعية للمسؤولية المدنية، نظرا لاعتبارات الثقة التي يوليها له عملاءه، نتيجة احترافه وتفوقه وادارته لحجم المخاطر التي تحيط بأعماله.

الفرع الثاني: نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك.

تتعرض العمليات المصرفية التي يجريها البنك في أثناء ممارسته الأنشطة اليومية للعديد من المخاطر – كما أوضحنا سابقا– سواء كانت تلك المخاطر تتعلق بالعمليات نفسها، أو الوسائل التي تنفذ من خلالها، وقد اتخذت تلك المخاطر بعدا أوسع مع اعتماد البنوك المتزايد على الأنظمة الإلكترونية في تسيير أعمالها، التي يعد ضحيتها في الغالب عملاء البنك الذين يفتقدون إلى الخبرة والدراية لعمل تلك الأنظمة وما يمكن أن تخبيء لهم من أضرار مدمرة على حقوقهم المخزنة داخل ذاكرة الأنظمة الإلكترونية للبنك[1].

لهذا يرى بعض الفقه[2] أن إقامة مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر تعد الوسيلة الناجعة والفعالة في توفير الحماية الكافية للعميل، وذلك على أساس أن البنك شخص مهني محترف العمليات المصرفية، ولا بد أن يكون مدركا لمخاطر تلك لعمليات

[1]– حماد مصطفى عزب، مرجع سابق، ص. 249 – حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 108.

[2]– شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني، مرجع سابق، ص 101.

والأنظمة الإلكترونية، التي تنفذ من خلالها، وهو مطالب باتخاذ كافة الوسائل والاحتياطات اللازمة لتلافي الأخطار الناجمة عنها، كما أن البنك يجني من وراء تلك العمليات والأنظمة الإلكترونية المستخدمة في تنفيذها العديد من الفوائد، سواء كانت هذه الفوائد تعود عليه من جراء تشغيل ودائع العملاء أو من خلال توفير الوقت والجهد في تنفيذ التزاماته وتحسين أداء خدماته، وجلب المزيد من العملاء، باستخدامه الأنظمة الإلكترونية، بالإضافة إلى أن تحمل البنك لمخاطر أنشطته سيؤدي إلى زيادة ثقة الأفراد في البنوك وتشجيعهم على التعامل معها بما يعود بالفائدة الكبرى عليها، في حين أنه لو كان العملاء هم الذين سيتحملون هذا الخطر لأدى ذلك إلى إحجام الأفراد في التعامل، إيثارا للسلامة والخوف من احتمال انعقاد مسؤوليتهم، الأمر الذي يترتب عليه أن تفقد البنوك الكثير من مواردها الأساسية التي تعتمد عليها في مزاولة نشاطها.

لهذا يؤكد أصحاب هذا التوجه أنه من العدل أن يتحمل البنك أية نتائج ضارة قد تترتب على ذلك الاستخدام إعمالا لنظرية الغرم بالغنم أو نظرية المخاطر المستحدثة.

كما يبرر أنصار هذه النظرية بأن ازدياد الأضرار التي تلحق عملاء البنوك مع ازدياد استخدام البنوك للأنظمة التكنولوجية الحديثة في العمليات البنكية عموما وعمليات نقل وتحريك الأموال بين حساب الحامل والتاجر القابل للبطاقة على وجه الخصوص لدليل كاف على أن تلك المخاطر ملازمة لهذه الأنظمة، بالرغم من المحاولات المضنية من قبل البنوك في توفير الوسائل والاحتياجات للحد من الأخطار الناجمة عنها، إلا أن التقدم التكنولوجي الذي تشهده الأنظمة البرمجية، ما زال يقدم لنا المزيد من المخاطر، خصوصا مع وجود تطور مصاحب لأساليب الهواة والمحترفين في اختراق تلك الأنظمة، والذي أصبح من الصعب معه القول بأن مخاطر تلك الأنظمة مجرد مخاطر مادية وغير ملازمة لعمليات

الوفاء بالنقود المودعة في حسابات العملاء، والذي يصعب على العميل إثبات تلك الأخطار والأضرار الناجمة عنه أو حتى توقعها[1].

ويؤكد البعض[2] من أصحاب هذا التوجه بأن البنك يتحمل المسؤولية حتى ولو كان الضرر ناتجا عن البطاقة التي يحوزها ويسيطر عليها العميل ويستعملها ، لأن العميل ليس منشئ الخطر بإصداره أوامر الدفع بواسطة البطاقة، لأنه لم يفعل أكثر من استخدام الوسيلة التي وضعها البنك تحت يده للتصرف بأمواله المودعة لديه، ولا يؤثر في ذلك أن البطاقة لا تسلم إلا بناءا على طلب العميل والأمر نفسه بالنسبة للمعدات التي يحوزها التاجر والتزم البنك بتسليمها له بناءا على طلبه، لذلك فإن موافقة البنك على طلب كل من الحامل والتاجر وتسليم البطاقة والمعدات، مع علمه مقدما بالمخاطر اللازمة لاستخدامها ، إنما يعني في الوقت نفسه قبوله لهذه المخاطر، بالإضافة إلى أنه المتحكم في النظام الإلكتروني الذي يفعل بطاقات الائتمان، وبالتالي فإنه يستطيع إيقاف أي أمر غير صحيح وغير مشروع، كذلك لا تأثير في تحمل البنك تلك المسؤولية فيما يعود على العملاء من فوائد من جراء استخدامهم للبطاقة بما يمثله ذلك من توفير وسيلة مريحة للوفاء بالالتزامات عن طريق الاكتفاء بإصدار أمر للبنك بالدفع إلكترونيا للتاجر، عن بعد تغنيه من استخدام النقود ومخاطرها المتعددة والمتنوعة، فضلا عن استفادة التاجر من الخدمات التي تقدمها له البنوك عند قبوله التعامل بالبطاقة، فهذه المزايا والفوائد التي تعود على العميل لا تقارن بالمزايا والفوائد التي تعود على البنك من جراء اعتماده لخدمات بطاقات الائتمان.

ولا يعفى البنك من المسؤولية وفقا لهذا الرأي إلا إذا ثبت أن هناك غشا أو خطأ جسيما من العميل عند استخدام تلك الأدوات، لأن القانون لا يسمح ولا يشجع على الإهمال من قبل العميل[3]، إلا أن البعض الآخر[1]، من أصحاب هذا التوجه يؤكد أن البنك يسأل عن

---

[1]–Thunis (X), op.cit, p 310.

[2]– حازم الصمادي، مرجع سابق، ص 111 وما بعدها.

[3]– حماد عزب، مرجع سابق، ص 265.

جميع الأضرار التي يسببها النظام الإلكتروني دون أن يحتج بأي خطأ من العميل أو البنوك الأخرى الوسيطة أو الغير، في إحداث الضرر، لأن مخاطر استخدام تلك الأنظمة تبقى دائما على البنك المستفيد منها في نشاطه، ولم يستثن من مسؤولية البنك إلا حالة واحدة، وهي حالة القوة القاهرة، وبالتالي فلم يستثن حالة الغش.

الفرع الثالث: تقدير نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك في بطاقات الائتمان.

على الرغم مما تحمله نظرية تحمل المخاطر من أفكار يمكن أن تحقق أكبر قدر من الحماية للمضرورين من أضرار الأشياء الخطرة، كذلك ما تتسم به هذه النظرية من البساطة، حيث تقوم على عنصرين فقط : هما الضرر، وعلاقة السببية، فيكفي لمساءلة البنك عن الأضرار التي يسببها النظام الإلكتروني للعميل، أن يثبت هذا الأخير وجود هذه الأضرار ونسبتها إلى نشاط البنك بصفة عامة أو عمل النظام الإلكتروني فهي تستبعد ركن الخطأ، سواء في صورة خطأ واجب الإثبات، أو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس.

إلا أنها لم تسلم من النقد، وأهم ما وجه إليها الفقه المعارض من انتقادات :

– صعوبة حصر نطاق المسؤولية الموضوعية، الشيء الذي سيؤدي إلى اضطراب في العمل القضائي، وصدور أحكام متناقضة في قضايا متشابه[2]

– تجاهلها العامل الأدبي في المسؤولية، والذي يقوم على أنه لا ينبغي أن يسأل الشخص إلا حينما يخطئ، أما أن تحمل الشخص المسؤولية لمجرد وجود علاقات مادية بين فعله ونشاطه وبين الضرر الذي وقع لغيره، فهذا ليس من العدل[3].

---

[1]– شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني، مرجع سابق ، ص 110.

[2]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 184.

[3]– أيمن العشماوي، مرجع سابق، ص 178– صلاح البرعي، مرجع سابق، ص 338.

- أن الأخذ بهذه النظرية سيؤدي إلى تقاعس الفرد عن كل نشاط، وإلى امتناع الناس عن العمل والنشاط عندما يكون سببا في التعرض للمسؤولية، مما يكون أيضا سببا في الدعوى إلى السلبية والخمول[1].

لذا يرى البعض[2] ممن تناولوا مسؤولية البنك أن هذا الانتقادات تنطبق من باب أولى على مسؤولية البنوك عصب الحياة الاقتصادية سواء تعلق الأمر بالنشاط المصرفي التقليدي أو الإلكتروني، فمن جهة أولى أن اعتماد نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك يتعارض مع النظام الاقتصادي الحر القائم على المبادرة الفردية، وذلك في البلدان التي تنهج التشجيع على الاستثمار في المجال المصرفي.

ومن جهة ثانية أن المخاطر من صميم العمل المصرفي، وهي أكثر ما تتجلى في بطاقات الائتمان، حيث يتعلق الأمر بالمبالغ التي يتم تداولها عبر الشبكة الإلكترونية، وما يصاحب ذلك من خطر القرصنة والاستيلاء عليها بما يلحق أضرارا بالغة بالعميل.

وبذلك يؤكدون أن هذه المخاطر لا يمكن تحميل نتائجها للبنك وإلزامه بالتعويض عن الأضرار المرتبطة بها، ما لم يثبت أن البنك قد ارتكب خطأ معينا، أدى إلى حدوث الضرر، والقول بغير ذلك يجعل مسؤولية البنك نتيجة حتمية لنشاطه، مما يؤدي إلى تردد البنوك كثيرا في التعامل مع عملائه عندا يتعلق الأمر ببطاقات الائتمان وتداول الأموال عبر الأنظمة الإلكترونية، خشية ترتيب مسؤوليتها.

---

[1]- إبراهيم الدسوقي في أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق – دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة – اللاتينية – الإسلامية، الأنجلوأمريكية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص 30 وما بعدها، – يحي الموافي، مرجع سابق، ص 227، صلاح البرعي، مرجع سابق، ص 338.

[2]- جابر محمد ظاهر مشاقبه، مسؤولية البنك عن منح التسهيلات الائتمانية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية والسياسية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2008، ص 145، – لبنى عمر مسقاوي، مسؤولية المصارف تجاه العملاء في عمليات التمويل المصرفي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 2004، ص 180.

وأمام الانتقادات الشديدة التي وجهت لهذه النظرية لم يجد أنصار نظرية تحمل تبعية المخاطر، أمامهم سوى وسيلتين أو بالأحرى مخرجين[1] :

الأولى : هي نظرية المخاطر الشاذة أو غير المألوفة التي اقترحها الفقيه الفرنسي (سالي) بعد أن أدرك ضعف منطق نظرية تحمل المخاطر، ووفقا لهذه النظرية الجديدة فإن المسؤولية لا تقوم لمجرد التسبب في أية مخاطر كانت، ولكنها ترتبط فقط بإحداث مخاطر شاذة تجاوز المألوف، وبعبارة أخرى، فإن الشخص لا يجب أن يسأل – وفقا لهذه النظرية– إلا عن السلوك الذي ينطوي على خاصية شاذة أو غير مألوفة فقط، إلا أن فكرة الشذوذ هذه تقترب كثيرا من فكرة الخطأ، إن لم يكن هناك لبس كامل بينهما وهو ما جعل النظرية تهدم نفسها بنفسها.

والثانية: هي فكرة السببية الجزئية، وتقوم على فكرة رئيسية مؤداها أن كلا من الفاعل والمضرور قد ساهما في حدوث الضرر، ولهذا فإنه يجب توزيع عبء المسؤولية بينهما، وهو ما يؤدي في النهاية إلى حصول المضرور على تعويض جزئي.

الفرع الرابع: رأينا الخاص في أساس مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان.

تبين لنا مما سبق تعدد الآراء والاتجاهات فيما يتعلق بمسؤولية البنك في بطاقات الائتمان، وأوضحنا مزايا ومثالب كل اتجاه في مدى إمكانية الاعتماد عليه كأساس لتلك المسؤولية، وقد خلصنا إلى أنه لا يوجد رأي يتبنى نظرية متكاملة تجمع بين ثناياها القواعد التي يمكن أن تراعي مصالح مختلف الأطراف، بحيث توفر في الوقت نفسه حماية كافية للعميل من الأضرار الناجمة عن مخاطر تلك العمليات، وذلك لعدم مراعاة تلك الاتجاهات بعض الاعتبارات عند محاولتها تحديد الأساس القانوني الذي يرتكز عليه مسؤولية البنك، ومن هذه الاعتبارات :

[1]– أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص 165.

أولا/ الطابع الفني الذي يتميز به استعمال بطاقات الائتمان عن بقية الأعمال البنكية التقليدية، حيث تتم بطريقة إلكترونية وعن بعد، مما يجعلها عرضة لكثير من عمليات الاختراق والاستيلاء من قبل أشخاص مجهولين في أثناء انتقال المعلومات المتعلقة بنقل الأموال عبر الشبكة الإلكترونية، والذي يصعب في كثير من الحالات تحديد هوية أولئك الأشخاص، وحتى في حالة تحديدهم فإنه يكون من الصعب على العميل في بعض الحالات ملاحقتهم قضائيا، خصوصا عندما يكونون من أماكن ومناطق بعيدة عن مكان إقامة وتواجد المضرور، مما جعل هناك صعوبة في تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية التقليدية كما هي.

ثانيا/ اختلال التوازن في الرابطة التعاقدية بين البنك وعملاءه، مما جعل هناك تفاوتا في المراكز القانونية التي يتخذها كل طرف في مواجهة الآخر، حيث نجد أن البنك يوجد في مركز سيادي ووضع اقتصادي وقانوني قوي، نتيجة لهيمنته على سوق الخدمات البنكية، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعله يمتلك موازين القوى ويتحكم في العلاقة التي تجمعه بعميله الطرف الضعيف في هذه العلاقة العقدية، ويظهر هذا الاختلاف بشكل واضح وجلي بالنظر للتفاوت في العلم والمعرفة بالمعلومات المتعلقة بالعقد، سواء تعلق ذلك بعقد التاجر، أو عقد الحامل، كما يظهر ذلك الاختلال في التفاوض حول بنود تلك العقود، مما يجعل البنك يقوم بتضمين العقد لشروط مجحفة تتيح له التخفيف من التزاماته مع تكليف العميل بالتزامات إضافية أو تشديد من التزامات عميله، الأمر الذي جعل العقد الذي يقوم البنك – بصفته مهنيا– بإبرامه مع العميل المستهلك يتميز بطبيعة خاصة تحمل في طياتها شبهة استغلال المتعاقد القوي لنظيره الضعيف، وإشكالية هذا الاختلال في العلاقة بين البنك والعميل لا تطرح فقط في عقد التاجر أو عقد الحامل، وإنما تتعلق أيضا بكل العقود البنكية التي تبرمها البنوك مع عملائها.

لهذا نجد أن بعض الاتجاهات الفقهية السابقة التي حاولت أن تؤسس مسؤولية البنك على أساس قواعد المسؤولية الشخصية التقليدية لم تراع هذا الاختلال في التوازن، حيث إنها لا زالت عند محاولتها تأسيس مسؤولية البنك متمسكة بالمبادئ العامة التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن الالتزامات التي اتفق عليها الأطراف لا يمكن المساس بها بالزيادة أو النقصان، وهو ما يعبر عنه بمبدأ "القوة الملزمة للعقد"، والذي نرى أن التطورات الاقتصادية والتكنولوجية أدت إلى إثارة الشك حول مدى اتفاق تلك المبادئ مع العدالة واستقرار حقوق الأشخاص المتعاملين مع أصحاب الهيمنة والنفوذ الاقتصادي القوي، كما هو الشأن في نطاق العلاقة التي تجمع البنوك بعملائها.

لذا فإن البحث عن أساس مسؤولية البنك بطاقات الائتمان، يتطلب أن يكون ذلك الأساس كافيا لسد الهوة التي أحدثتها مظاهر ذلك الاختلال بشكل يعيد التوازن في المعادلة العقدية إلى مجراها الطبيعي، بحيث يحقق أقصى قدر من الحماية للعميل، دون أن نصل إلى حد المبالغة والغلو في حمايته على حساب الطرف الآخر "البنك" لما لذلك من نتائج عكسية قد تؤدي إلى عزوف البنوك من ممارستها لأنشطتها وتقديم خدماتها، إذ تأكدت أنها ستتحمل المسؤولية دائما حتى لو كان التقصير والإهمال الذي سبب الضرر راجعا إلى الشخص المضرور.

ثالثا/ الوضع في الاعتبار عند تحديد مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان الخصوصية التي يتميز بها إثبات الأخطاء الإلكترونية وما يمكن أن تثيره من مشاكل وصعوبة تجعل العميل غير قادر – في كثير من الحالات– على إثبات ما يدعيه، مقابل شخص مهني يحتكر تلك الأدلة، ويسهل عليه التخلص منها بإثبات سلامة أنظمته أو نفي خطئه بالسبب الأجنبي في بعض الحالات، رغم أنه في الحقيقة المتسبب في إحداث الضرر، فما يمتلكه البنك من إمكانية قد تجعله يحور أدلة الإثبات لصالحه، والذي لا بد معه من ضرورة إيجاد الوسائل الضرورية التي تكفل حماية الطرف المضرور بضمان حصوله على التعويض، دون أن

نضع حواجز أمامه من قبيل إرغامه على إثبات ما قد يستحيل عليه إثباته، والارتكان إلى القواعد العامة في الإثبات قد لا يحقق الحماية الكافية للعميل في كثير من الحالات، كما أشرنا سابقا.

رابعا/ عدم إنكار العلاقة العقدية التي تربط البنك بعملائه فيما يتعلق باستعمال بطاقات الائتمان، والاعتراف بالعقد يقتضي الاعتراف بالآثار الناتجة عنه، وأن المسؤولية التي تقوم في ظل تلك العمليات لا تخرج عن نطاق المسؤولية العقدية، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أن تلك المسؤولية مشددة نوعا ما تبعا لصفة البنك المهني كشخص مهني محترف، ودون إنكار إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه عميله المتعاقد عند ما تتحقق الحالات التي تعد استثناءا على مبدأ عدم جواز الخيرة، ومن ذلك ارتكاب البنك للغش، أو كون الإخلال العقدي يشكل في الوقت ذاته عملا إجراميا، وفي الحالات التي يرتكب البنك تقصيرا في أثناء المفاوضة على التعاقد وقبل إكمال إبرامه، أو إذا بطل العقد لبطلان أحد أركانه، أو في حالة التقصير الذي ينتج من قبل البنك بعد انتهاء العقد، كذلك الأخذ في الاعتبار الحالات التي يصعب فيها إثبات خطأ البنك من قبل العميل ومن أن تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر قد يحقق الحماية للعميل.

ومن خلال الاطلاع على القواعد التي تنظم مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان في التشريعات الحديثة خصوصا في قانون النقد والمالية الفرنسي والتشرعات المقتدية به، يلاحظ أنها راعت كثير من الاعتبارات السابقة حيث قامت بوضع نظام خاص لمسؤولية البنك عن الأضرار التي تحدث للعميل في إطار تلك العمليات يختلف اختلافا تاما عما قررته القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، فهي لم تتقيد بالتمييز بين قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، والقواعد الخاصة بهما والأساس الذي تقوم على كل منهما، فقد أخذت هذه التشريعات تارة بفكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية البنك، وتارة أخرى بفكرة المسؤولية الموضوعية المبنية على نظرية تحمل المخاطر.

فالبنك يتحمل المسؤولية المدنية وفقا للتشريعات الحديثة على أساس فكرة الخطأ في بعض الحالات، ولعل من أهمها عندما يتعلق الأمر بتنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد أو التنفيذ المعيب أو التأخير فيه أو الغلط في بيانات الدفع، حيث يستطيع البنك في هذه الحالات أن ينفي مسؤوليته بعدم صدور أي خطأ من طرفه[1].

وقد اعتمدت بعض هذه التشريعات في تأسيس خطأ البنك على أساس فكرة الخطأ المفترض ويبرر ذلك خصوصية الوسائل التي يستخدمها البنك في تنفيذ التزاماته وطابعها الفني والتكنولوجي، حيث يسيطر عليها البنك سيطرة تامة، والذي يكون من الصعب على العميل إثبات خطأ البنك، وبالتالي فإن هذه التشريعات نقلت عبئ الإثبات في هذه الحالات من على عاتق العميل إلى عاتق البنك[2].

وليس الأمر سلبيا بالنسبة للعميل ما دام البنك مسؤول عن أفعاله الشخصية وأفعال الأشخاص الذين يعاونوه في تنفيذ التزاماته كالموظفين العاملين على الأجهزة الإلكترونية والذين يعملون في إطار توجيهات وتعليمات البنك ومختلف الشركات المزودة لخدمات الاتصال، والخدمات الإلكترونية والمبرمجين، وكذلك البنوك الأخرى التي تشترك في استعمال بطاقات الائتمان، وغيرها من الجهات والأشخاص الذين يستعين بهم البنك في تنفيذ التزاماته بموجب العقود المبرمة مع عملائه.

وبذلك فإن التشريعات الحديثة لم تشدد في مسؤولية البنك إلى الحد الذي يجعله في تلك الحالات مسؤول عن أي ضرر للعميل فالأمر مرتبط بوجود خطأ أو عدم وجوده، من طرف البنك، غير أن إثبات هذا الخطأ أو نفيه يكون على عاتق البنك وليس العميل.

---

[1]– سليمان ضيف الله مطلق الزبن، مرجع سابق، ص 323.

[2]– المادة (L 133-23) من قانون النقد والمالية الفرنسي، والمادة (2/59) من التوجيه الأوربي بشان خدمات الوفاء والسداد لعام 2007م.

ولقد أحسنت هذه التشريعات صنعا عندما لم تتشدد في مسؤولية البنك إلى الحد الذي لا يجعله مسؤول عن كل الأضرار في مثل هذه الحالات، لأن البنك قد يتدخل في عمله أثناء تنفيذه لها العديد من العوامل التي لا تكون خاضعة لسيطرته وحده، ومن هنا فإنها لم تجحف في حقه، فقد يكون سبب عدم تنفيذها أو التنفيذ المعيب راجعا إلى العميل نفسه، كما لو قام بتعبئة بيانات أمر الدفع بطريقة ناقصة أو غير صحيحة أو لم يتبع الخطوات قبول واستعمال البطاقة، وبالتالي فليس من العدل أن تبنى مسؤوليته في هذه الحالات على أساس تحمل المخاطر، كما أن تحديد مصدر الضرر في مثل هذه الحالات لا يكتنفه الغموض والصعوبة التي تكتنف الحالات الأخرى، فبمجرد ادعاء العميل بعدم قيام البنك بتنفيذ أمر الدفع أو تنفيذه التنفيذ المعيب، فإن البنك لا يستطيع التخلص من هذا الادعاء إلا إذا أثبت أنه ليس السبب في ذلك وإنما يرجع لسبب آخر خارج عن إرادته.

غير أن التشريعات الحديثة حملت البنوك المسؤولية عن استعمال بطاقات الائتمان في حالات أخرى دون حاجة إلى نفي خطئه فيها، وإنما على أساس نظرية تحمل المخاطر كون هذه النظرية هي الوحيدة القادرة على سد العجز والقصور في فكرة الخطأ وإيجاد حل مناسب للحالات التي يعجز فيها العميل عن إثبات صدور خطأ من طرف البنك، وتتمثل في جميع الحالات التي يدعي فيها العميل حصول قيد غير مشروع على حسابه باستخدام البطاقة الخاصة به من قبل الغير، وبالتالي فإن البنك يسأل بناء على نظرية تحمل المخاطر في معظم الحالات التي يستحيل فيها تحديد مصدر الخطأ الذي أوقع الضرر بالعميل، وكذلك في الحالة التي تفقد فيها البطاقة أو يتم سرقتها، وذلك بعد قيام العميل بإخطار البنك عن فقده لها أو سرقتها منه[1].

[1]– المادة (L. 133-20) من قانون النقد والمالية الفرنسي ،المادة (5/61) من التوجيه الأوربي بشأن خدمات الوفاء والسداد لعام 2007م، السابق الإشارة إليه.

أما قبل الإخطار فإن هذه التشريعات تحمل الحامل الأضرار الناشئة عن استعمال هذه البطاقة وتحمل التاجر المسؤولية في خالة تلقيه للإخطار من البنك بوقف التعامل بالبطاقة المفقودة أو المسروقة وتجاهله لهذا الإخطار، بالإضافة إلى أن المشرع الفرنسي حمل البنك المسؤولية عن مخاطر استعمال البطاقة المسروقة أو المفقودة إذا تبين أن البنك لا يقدم الوسائل الكافية التي تمكن العميل من إعلامه بفقد البطاقة أو سرقتها حتى يستطيع إيقاف العمل بها[1]

كما يسأل البنك بناءا على نظرية تحمل المخاطر في جميع الحالات التي لا يكون للعميل فيها يد في وقوع الضرر كالحالة التي يقوم فيها البنك بالوفاء نتيجة استخدام بطاقة ائتمان مزور وقد نصت على ذلك المادة (L .133-19) من قانون النقد والمالية الفرنسي، حيث اعتبرت أن الحامل لا يكون مسؤولا عن النفقات التي أجريت بالاعتماد على أمر الدفع لم يصرح هو بها، وذلك في حالة ما إذا جاءت تلك الأوامر نتيجة للاعتداء على البطاقة الخاصة بالحامل، وكانت البطاقة في حيازته وقت إجراء العملية غير المصرح بها، ولكن مع ذلك فإنه في بعض الحالات قد يدعي الحامل أنه لم يصرح باستعمال ما للبطاقة ففي هذه الحالة يفترض خطأ البنك بحيث أن هذا الأخير يمكنه إثبات أن العملية تمت بواسطة البطاقة الخاصة بالحامل ولم تتأثر تلك البطاقة بأي خلل فني أو غيره، حيث تحتوي معظم بطاقات الائتمان على ذاكرة مزروعة في الجسم المادي لها، تخزن فيها جميع العمليات التي يقوم بها الحامل، ولكن الصعوبة على البنك هو إثبات أنها استخدمت من قبل الحامل إذا كانت البطاقة مجرد رموز أو أرقام ولا تحتوي على ذاكرة بداخلها.

---

[1] – المادة (L.133-19) من قانون النقد والمالية الفرنسي.

بالإضافة إلى أن البنك يتحمل المسؤولية وفقا لهذه النظرية في الحالة التي يتم استخدام البطاقة ماديا أو استخداما دون مميزات الأمان المرتبطة بها كأرقام السرية[1]، ومن ذلك استخدامها للشراء عبر الانترنت.

غير أن تحميل البنك المسؤولية عن الأضرار التي تصيب العميل في أغلب الحالات بناء على نظرية تحمل المخاطر مشروط بأن لا يكون هناك خطأ جسيم من قبل العميل أدى إلى وقوع الأضرار التي لحقته، كذلك أن لا يصل هذا الخطأ إلى درجة الاحتيال إذا تم باستخدام البطاقة الخاصة بالحامل من طرف الغير دون استعمال الرمز السري الخاصة به، أو تواطؤ التاجر في قبوله للبطاقة المزوره أو منتهية الصلاحية أو التي تم الإخطار بوقف التعامل بها لأي سبب من الأسباب[2].

وبذلك نرى بأن ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة خاصة المشرع الفرنسي هو الأجدر بالتأييد حيث راعى العدالة بين أطراف بطاقات الائتمان دون التضحية بمصالح أحدهما على الأخر، فقد أخذ بنظرية تحمل المخاطر في الحالات التي تعجز فكرة الخطأ من تحديد مصدر الضرر، أو عندما تكون هناك صعوبة بالغة في تحديدها وذلك عندما يتعلق الأمر بإجراء قيود غير مشروعة على حساب العميل باستخدام الأنظمة الإلكترونية في مثل هذه الحالات تجعل العميل عاجزا حيالها عن اتخاذ الوسائل المناسبة لمنع مثل هذا الخطر وأن الأقدر على ذلك هو البنك المستفيد من هذه الأنظمة والمتحكم فيها، وبالتالي فإنه هو الذي يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تلحق عملائه اعتمادا على فكرة الغرم بالغنم، أو فكرة المخاطر المستحدثة، عدى في استثناءات محددة، كما لو ارتكب العميل خطأ جسيما، أو تواطأ العميل مع الغير في استخدام البطاقة.

[1] – المادة (L.133-20) من قانون النقد والمالية الفرنسي، المادة (2-1/61) من التوجيه الأوربي بشأن خدمات الوفاء والسداد لعام 2007.

[2] – المادة (133-19) من قانون النقد والمالية الفرنسي، المادة (2-1/61) من التوجيه الأوربي بشان خدمات الوفاء والسداد لعام 2007.

لأن من العدل أن يعامل بنقيض قصده في مثل هذه الاستثناءات، كما أنها تنتهي العلة التي من أجلها تبنى مسؤولية البنك على أساس الخطر، ما دام وأن العميل غير مكترث بحماية مصالحه أو عندما يستخدم وسائل الاحتيال والخداع يدعي البنك بها رغم أنها من صنيعته، والقول بغير ذلك يؤدي إلى عزوف البنك عن ممارسة أنشطته عموما وخدمات بطاقات الائتمان على وجه الخصوص، وما لذلك من آثار سلبية على الاقتصاد.

وبذلك فإن الاعتماد على فكرة المخاطر كأساس لمسؤولية البنك في بطاقات الائتمان وفقا للتشريعات الحديثة يجد أساسه في طبيعة العلاقة التي تجمعه بالعميل، فاستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة أصبحت مصدر خطر على قدر كبير من الأهمية مما يستوجب قيام مسؤولية المستفيد منها وهو في حالتنا هذه البنك الذي وفرت له الأنظمة الإلكترونية – كما أوضحنا سابقا– العديد من المزايا والفوائد التي لا يمكن إنكارها.

كما أن تحميل البنك المسؤولية عن الأضرار في مثل هذه الحالات يحثه على الانتباه واليقظة والحرص الشديد عند ممارسته لأنشطته وتحيين أنظمة ومراقبتها ما دام وأنه يعلم علم اليقين بأنه إذا قصر سيتحمل التعويض عن الأضرار التي يحدثها تقصيره وإهماله.

ومن ناحية أخرى فإن التشريعات الحديثة لم تجحف في حق البنك وتحمله المسؤولية على أساس نظرية تحمل المخاطر في كل الحالات التي يلحق العميل فيها الضرر اثناء استعمال بطاقة الائتمان، وإنما تبنت فكرة الخطأ المفترض في حالات أخرى وذلك عندما يتعلق الأمر بتنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد أو تنفيذه التنفيذ المعيب أو التأخير في تنفيذه – كما أشرنا سابقا– ففي هذه الحالات يكون تحديد مكان الخطأ أسهل وأيسر من الحالات السابقة، كما أن ذلك يؤدي إلى تشجيع البنوك وعدم عزوفها عن ممارستها لأنشطتها ما دام انها لم تتحمل المسؤولية على أساس نظرية المخاطر في كل الحالات التي يدعي العميل فيها حصول ضرر له، نتيجة تعامله مع البنك، بالإضافة إلى ذلك فإن هذه التشريعات راعت في مثل هذه الحالات حقوق العميل وقدرته على إثبات خطأ البنك في ظل احتكار

هذا الأخير للأنظمة الإلكترونية التي تحتوي على أدلة الإثبات، حيث قلبت عبء الإثبات على عاتق البنك الطرف الأقدر على ذلك.

الفصل الثاني

إشكالات تحديد المسؤولية المدنية للبنك في بطاقات الائتمان والعوامل المؤثرة فيها

الفصل الثاني

إشكالات تحديد المسؤولية المدنية للبنك في بطاقات الائتمان والعوامل المؤثرة فيها

إذا كان التطور التكنولوجي والتقني بما يترتب عليه من انتشار استخدام الحاسب الآلي في المجال البنكي، قد حقق مزايا عديدة لا يمكن تجاهلها، إلا أنه في المقابل جلب صورا وأشكالا جديدة من المخاطر الجسيمة وغير الجسيمة التي يكون الأشخاص الذين يتعاملون بالوسائل الإلكترونية مع البنك هم الأكثر عرضة لها، خصوصا في بطاقات الائتمان، نتيجة قلة الخبرة والدراية لديهم في التعامل مع تلك الوسائل، ولإمكانية تعرض حساباتهم لمخاطر الاحتيال والنصب في أثناء تحول المعلومات المتعلقة بهم على الانترنت.

وبما أن البنك يعد الطرف الأقوى في العلاقة القانونية التي تربطه بعملائه في استعمال بطاقات الائتمان، لامتلاكه جميع المعلومات والمعارف المتعلقة بخصائص تلك العمليات والوسائل المستخدمة في تنفيذها من الناحية الفنية والمادية والقانونية، وما ترتبه من أضرار للعملاء، فإن الذي يتعرض لها دائما تكون أقل بكثير من تلك التي يتعرض لها العميل.

وتزداد فداحة تلك الأضرار إذا ما علمنا أن البنك دائما ما يسعى إلى فرض شروطه في مواجهة عميله بشكل يخفف من التزاماته، فيتضاءل أثر المسؤولية في مواجهته على حساب العميل، مستغلا مركزة القانوني القوي، الأمر الذي يجعل العميل في حاجة ماسة لحمايته من الأضرار التي يتعرض لها.

وإذا كانت الوسيلة الفعالة في حماية العميل تتطلب منا البحث عن المسؤول عن إحداث تلك الأضرار التي تصيبه فإن احتكار البنك للأنظمة الإلكترونية وسيطرته عليها، تجعله يتحمل المسؤولية عن الاستخدام الخاطئ من قبله لتلك الأنظمة، أو من العميل لنقص في المعلومات أو الخبرة لديه، أو نتيجة لتدخل الغير، أو حدوث الأعطال الإلكترونية

للأنظمة، خصوصا أنه يلتزم – كما وضحنا فيما سبق– بتوفير نظام الكتروني سليم وآمن يضمن أمن وسلامة عمليات تنفيذ أوامر الدفع، والحديث عن مسؤولية البنك المدنية عن استعمال بطاقات الائتمان يثير الكثير من المشكلات والجدل، نظرا لحداثتها، خصوصا في ظل غياب التنظيم القانوني من طرف المشرع الجزائري لبطاقة الائتمان.

وبناء على ذلك فإننا سوف نتناول هذه المشكلات في مبحثين، مبحث أول ونتناول فيه نطاق المسؤولية المدنية للبنك عن استعمال بطاقات الائتمان، لما لتحديد هذا النطاق من دور مهم في الوصول إلى تلك المشكلات ومحاولة معالجتها، أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه العوامل السلبية والإيجابية المؤثرة في مسؤولية البنك.

المبحث الأول

إشكالات تحديد نطاق المسؤولية المدنية للبنك عن استعمال بطاقات الائتمان

تقع مسؤولية البنك في حدود الالتزامات والواجبات التي تقع على عاتقه في مواجهة عميله، بحيث إذا أخل بأي التزام من التزاماته تحمل المسؤولية عن أخلاله بذلك الالتزام، وتتعدد الحالات التي يسأل فيها البنك عن استعمال بطاقات الائتمان، منها ما يتعلق بالمنازعة حول أحد القيود الناتجة استعمال بطاقة الائتمان التي تم إدراجها في حساب العميل، "مطلب أول" ومنها ما يتعلق بتنفيذ الالتزام الرئيسي والمتمثل في الوفاء، وذلك برفض البنك تنفيذ هذا الالتزام أو التأخير في تنفيذه أو تنفيذه تنفيذا معيبا، "مطلب ثان"، كما قد يخل البنك بالتزامه بإعلام العميل بكافة المعلومات اللازمة والضرورية عن استخدام نظام بطاقة الائتمان والوسائل المستخدمة في تنفيذها، مما يجعله مسؤول عن أي أضرار تلحق العميل من عدم مده بتلك المعلومات، أو أنه ينفذ التزاماته إلا أنه قد يخل بواجبه في الحفاظ على أسرار عملائه فيكشفها للغير، مما يلحقهم بهم أضرارا بالغة في بعض الأحيان، "مطلب ثالث".

المطلب الأول

مسؤولية البنك عن القيود غير المشروعة على حساب العميل

قد يحدث أن يخترق الغير أنظمة البنك الإلكترونية ويدخل على حسابات عملائه، كما قد تسرق بطاقة الائتمان الخاص بأحد العملاء ، ورقمها السري ، أو تفقد أو يتم تزويرها

واستخدامها بطريقة غير مشروعة، ولا يقتصر هذا الاستعمال غير المشروع على الغير فقط بل وفي بعض الأحيان يكون من تابعي البنك، الأمر الذي يثير النزاع بين البنك وعميله [1].

غير أن أكثر النزاعات التي تثيرها القيود على حساب العميل تكون غالبا بسبب استخدام بطاقة الائتمان الخاصة به بطريقة غير مشروعة من قبل الغير، لذا فإن مسؤولية البنك عن القيود التي يعترض عليها العميل تقتضي مبدأ القيام بالبحث عن الحالة التي تكون فيها تلك القيود ناشئة عن سرقة أو فقد البطاقة (الفرع الأول)، وسنقوم ببحث الحالات التي تتم بدون فقد البطاقة أو سرقتها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مسؤولية البنك عن القيود غير المشروعة في حالة فقدان البطاقة أو سرقتها

يقع على عاتق الحامل التزام بالحفاظ على البطاقة ورقما السري فإذا حدث وفقدت أو تم الاستيلاء عليها من قبل الغير، فإنه يقع عليه (أي الحامل) واجب إخطار البنك بواقعة الفقد أو السرقة، فإذا تقاعس عن ذلك أو أهمل فإنه يتحمل جميع نفقات استعمالها بطريقة غير مشروعة من طرف الغير[2]، وأما إذا قام بواجب الإخطار بعد حدوث واقعة السرقة أو الفقد، فإن تحديد مسؤولية البنك تقتضي التمييز بين النفقات التي تمت قبل وصول الإخطار وتلك التي تمت بعدها .

أولاً/ مسؤولية البنك عن النفقات التي تمت قبل إخطاره بواقعة فقدان البطاقة أو سرقتها

إذا فقد الحامل البطاقة الخاصة به ورقمها السري، أو سرقت منه، وتقاعس عن إبلاغ البنك بذلك، وقام الغير باستخدامها بطريقة غير مشروعة ، فإنه بذلك يعد مرتكبا لخطأ يوجب مساءلته عنه، ولكن إلى أي مدى يكون الحامل مسؤولا عن تلك النفقات؟.

---

[1] لا تقتصر تلك النزاعات على البنك وعميله، وإنما قد تمتد بين البنك والتجار الذين يقبلون الوفاء بالبطاقة للوفاء بأثمان السلع والخدمات التي يقدمها، أو بين البنوك بعضها مع بعض عندما يتم تدخل أكثر من بنك في تنفيذ أمر الدفع والوفاء للتاجر.

[2] – جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية و المدنية لبطاقة الائتمان الممغنطة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 192، – محمود أو فروة، مرجع سابق، ص 103.

اختلفت وجهة نظر الفقه في ذلك، فهناك اتجاه يتبنى المسؤولية المطلقة للحامل عن جميع المخاطر الناجمة عن استخدام البطاقة المسروقة أو المفقودة، دون النظر في سلوكه وصدور أي خطأ من جانبه، بينما ينظر الاتجاه الثاني لسلوكه ويتطلب ارتكابه خطأ حتى يتحمل المسؤولية الكاملة عنه.

الاتجاه الأول : المسؤولية المطلقة للعميل.

يعتمد هذا الاتجاه[1] على تفسير المقتضيات التعاقدية، حيث يرى أن العميل يكون مسؤولا عن جميع النفقات التي تمت من قبل الغير بواسطة البطاقة المفقودة أو المسروقة[2] قبل إخطار البنك بواقعة الفقد أو السرقة[3]، بل أنه يجب – وفقا لهذا الاتجاه– إعطاء البنك مهلة كافية يستطيع خلالها وقف العمل بالبطاقة، فالإخطار في هذه الحالة يشكل الحد الفاصل بين مسؤولية كل من البنك والعميل، فهذا الأخير يظل ملتزما بالنتائج المالية عن العمليات التي تمت بالبطاقة حتى قيامه بالإخطار، حيث يفترض أنها صادرة منه دون غيره، أما بعد القيام بالإخطار، فتنتقل هذه المسؤولية إلى البنك باعتبار أنه ملتزم بوقف العمل بالبطاقة، حتى لا تستخدم بطريقة غير مشروعة من قبل شخص أخر بخلاف الحامل الشرعي لها.

الاتجاه الثاني: الاتجاه المقيد لمسؤولية العميل.

---

[1]–Francoise Dekeuwer, défosser, Droit Bancaire, op.cit, P84.

– جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، الصفحة نفسها، – شريف غنام، محفظة النقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص150، ص 943، – نبيل محمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفي، مرجع سابق، ص 298.

[2] تتضمن أغلب عقود الحامل بين البنك والعميل شروط تحمل هذا الأخير المسؤولية الكاملة عن النفقات التي تمت قبل إخطاره للبنك بواقعة الفقد أو السرقة.

[3] نظرا لأهمية الإخطار في تحديد مسؤولية العميل فإنه لكي يؤدي أثره في تحميل العميل المسؤولية عن النفقات التي تمت على حسابه بطريقة غير مشروعة، يجب على البنك أن يمكن العميل من القيام به، وذلك من خلال توفير الوسائل والأجهزة الإلكترونية التي تمكن العميل من القيام بالإخطار في أسرع وقت وبطريقة سليمة وواضحة.

ينظر أنصار هذا الاتجاه[1] إلى سلوك العميل ومدى صدور أي خطأ من جانبه، فليس كل سرقة أو فقد للبطاقة – من وجهة نظره– تؤدي إلى قيام مسؤولية العميل، فلكي يتحمل المسؤولية عن النفقات التي تمت قبل قيامه بالإخطار عن واقعة الفقد أو السرقة للبطاقة، فلا بد للبنك أن يُثبت وجود خطأ من جانب العميل بإخلاله بالتزاماته الأخرى التي يفرض عليه واجب المحافظة على البطاقة الخاصة به، فإذا لم يثبت أي خطأ أو تقصير من جانبه في المحافظة عليها، تحمل البنك المسؤولية عن تلك النفقات.

وقد أخذ بهذا التوجه القضاء الفرنسي في بعض قراراته، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2007/10/02 م "بضرورة قيام البنك بإثبات صدور إهمال من جانب العميل في الحفاظ على البطاقة والرقم السري الخاصة بها، بحيث لا يكفي مجرد الادعاء أن مجرد استخدام الغير للرقم السري قرينة على إهمال الحامل"[2].

وفي هذا الصدد نجد أن بعض التشريعات التي نظمت بطاقات الائتمان حملت العميل جزءا من المبالغ التي تمت بواسطة البطاقة الخاصة به قبل قيامه بالإبلاغ بواقعة الفقد أو السرقة، فهو لا يتحمل المسؤولية كاملة عن تلك المبالغ ما لم يصدر منه أي إهمال جسيم في القيام بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد الذي يربطه بالبنك أو لجوءه إلى وسائل احتيالية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (61) من التوجيه الأوربي رقم (64) لسنة 2007، بشأن خدمات الدفع والسداد، الذي حملت الحامل في الفقرة الأولى من هذه المادة بما لا يتجاوز 150 يورو من قيمة العملية التي تمت بواسطة البطاقة المفقودة أو المسروقة إذا لم يخطر البنك بذلك[3].

---

[1]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 106.

[2] Cass.com, 2 oct 2007, www.courdecassasion-fr.

[3]« 1.Par dérogation à l'article 60, le payeur supporte, jusqu'à paiment de 150 EUR, les pertes liées à toute operation de paiement non autorisée consécutive à l'utilisation d'un instrument de

غير أن الفقرة الثانية من هذه المادة حملت الحامل المسؤولية كاملة إذا كان فقدان البطاقة تم بطرق احتيالية من قبل الحامل أو نتيجة ارتكابه خطأ جسيم"[1].

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة (19-33-1)[2]، من قانون النقد والمالية الفرنسي الذي جاءت مطابقة لما نص عليه التوجيه الأوربي، حيث حملت العميل ما لا ما يفوق 150 يورو من قيمة المعاملات التي تمت قبل الإخطار، إذا تم استخدام بطاقة الائتمان من قبل الغير.

إلا أن هذا النص لا يطبق إلا إذا تمت العملية المتنازع عليها من خلال استخدام البطاقة مع الرقم السري لها، أما إذا تم استخدامها دون هذا الرقم فإن البنك يتحمل وحده المسؤولية عن جميع المبالغ[3]، والسبب في ذلك أن رمز التعريف أي الرقم السري يعتبر

---

paiement perdu ou volé ou, si le payeur n'est pas parvenu à presever la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés au détournement d'un instrument de paiement ».

[1] تنص هذه المادة على أنه :

« le payeur suppote toutes les pertes occasionnées par des opértaion de paiement non autorisées si ces pertes resultant d'un agissement frauduleux de sa part ou du fait que la payeur n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave, a une ou plusieurs des obligations qui lui incombe en vertu de l'article 56, dans ce cas, le montant maximale visé au paragraphe 1 du présent article ne s'applique pas ».

[2] نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه :

En cas d'operation de paiement non autorisée consécutive à la perte ou au vol de l'instrument de paiement, le payeur support avant l'information prévue à l'article L 133-17 les pertes liées a l'utilisation de cet instrument dans la limite d'un plafond de 150 euros.

وقد كان يتحدد في البداية هذا المبالغ بـ 400 يورو بموجب المادة (L -132-3) من قانون النقد والمالية الفرنسي الصادر بتاريخ 2001/11/15م، إلا أنه مع ازدياد التعامل بالأدوات الإلكترونية في بطاقات الائتمان وزيادة المخاطر الناجمة عنها، واستجابة المشرع الفرنسي للتوجيهات الأوربية في هذا الخصوص، خفض المبلغ الذي يتحمله العميل إلى 275 يورو، بموجب تعديل قانون النقد والمالية في 1 يناير 2003، وبعد صدور التوجيه الأوربي الخاص بعمليات الوفاء والسداد لعام 2007م، والذي خفض المبلغ المشار إليه إلى 150 يورو، قام المشرع الفرنسي بدوره بنقل هذا التعديل إلى قانون النقد والمالية المعدل رقم (866-2009).

[3] من قانون النقد والمالية أنه :وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (L-33-19)

« tout fois la responsabilité du paiyeur n'est pas engagé en cas d'operation non autorisé efféctuee sans utilisation du dispositife de sécuritié personnalisé

بمثابة التوقيع الذي يميز الحامل عن غيره من الأشخاص، وهو الوسيلة التي يعرف بواسطتها البنك على عميله، فيكون من واجب الحامل أن يوليه اهتماما بالغا بالحفاظ عليه من خطر السرقة أو الضياع[1]، وفي حالة سرقته أو ضياعه يجب على العميل أن يتحمل جزءا من المسؤولية عن الأضرار التي تحدث له نتيجة فقد الرقم أو سرقته، وليس كامل المسؤولية إلا إذا صدر منه إهمال جسيم، وبذلك فإن المشرع الفرنسي لم يعفي البنك من المسؤولية عن النفقات التي تمت قبل الإخطار، إلا في حالة إثبات صدور إهمال جسيم من طرف العميل في القيام بالالتزامات المفروضة عليه أو ارتكابه طرق احتيالية، فإذا استطاع البنك إثبات ذلك فإن مسؤولية عن جميع النفقات يتحملها الحامل وحده.

وبناء على ذلك فإن التشريعات السابقة لم تؤسس مسؤولية البنوك على أساس الخطأ وإنما على أساس تحمل المخاطر – كما تم توضيحه- نظرا لقدرة البنك على تحمل المخاطر.

أما بخصوص القضاء فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 أكتوبر 2007م، بتحميل حامل البطاقة المذكور طبقا للمادة (1-132) الخسارة التي لحقته بسبب ضياع أو سرقة البطاقة قبل تقديم الاعتراض المنصوص عليه في المادة (2-132)، وذلك وفقا للحد الأعلى الذي لا يتجاوز 150 يورو، وفي حالة تصرف العميل بإهمال أدى إلى وقوع خطأ جسيم، إذا لم يقدم الاعتراض في الوقت المناسب بعد ضياع أو سرقة البطاقة مع الأخذ في الحسبان عاداته في الاستخدام لا يطبق الحد الأعلى المذكور سلفا[2].

والإشكال في هذا الخصوص يطرح بشأن العمليات التي أجريت قبل الإخطار وتم الوفاء بها بعده، فمن يتحمل النفقات الناتجة عنها؟ هل البنك أم الحامل؟.

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول إن هناك اتجاهين في هذه المسألة :

---

[1]- محمود أبو فروة ، مرجع سابق، ص 107.

[2]Cass.com 2 octobre 2007, N19.05-899.

الاتجاه الأول[1]: يرى أن يتحمل البنك كامل المسؤولية عن العملية التي تمت قبل المعارضة والمدفوعة بعدها، وذلك لسببين **السبب الأول:** أن العقود المبرمة تتضمن إعفاء العميل من المسؤولية من لحظة الإخطار، مما يفهم منه أن إعفاء الحامل من المسؤولية يشمل كافة النفقات المنفذة من الغير ابتداء من هذه اللحظة أيا كان تاريخ الوفاء بها[2].

وينتقد البعض[3] هذه الحجة بأنها في غير محلها، لأن البنك يتحمل المسؤولية في حالة عدم وجود خطأ من جانب الحامل، كما في حالة تزوير البطاقة بدون علم الحامل الحائز الشرعي لها، أما إذا أهمل هذا العميل في المحافظة على البطاقة الخاصة به ورقمها السري، واستخدمها السارق أو الواجد، فإن المنطق يقتضي أن يتحمل العميل جميع المبالغ في العمليات المنفذة قبل الإخطار ولو تم السداد بعد المعارضة، وذلك لأن المخاطر قد تحققت بالفعل بحصول الجاني على السلع أو الخدمات من التاجر، وليس بوفاء البنك لهذا الأخير.

أما السبب الثاني: فإن التزام العميل بإخطار البنك بفقدان البطاقة أو سرقتها فور حدوث ذلك، يقابله إعفاء العميل من نتائج الاستعمال غير المشروع لها منذ لحظة المعارضة، فضمان الوفاء الممنوح من البنك للتاجر في العقد الرابط بينهم منفصل عن مسؤولية العميل عن الاستعمال غير المشروع للبطاقة عند سرقتها أو فقدها.

---

[1]–Francois Dekeuwer-Défossez, Droit Bancaire, op-cit, p84.

– كيلاني عبد الراضي، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 912 – رضا أحمد إبراهيم محمود عيد، الأحكام الموضوعية والإجرائية للجرائم الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010، ص 163.

[2]– أيدت هذا الاتجاه محكمة باريس في أحد أحكامها، والذي وضعت فيه المحكمة على عاتق البنك نفقات العمليات المنفذة قبل المعارضة ولكنها مدفوعة من البنك بعدها، ورأت المحكمة قيام مسؤولية البنك لغياب الرقابة وعدم فحص التوقيعات المدونة على الفواتير، وأضافت المحكمة أنه "كان من الواجب على البنك الذي يملك تحت يده نموذج توقيع عميله والذي أنذر بواسطة – المعارضة– أن يبدو أكثر يقظة، وأن يقوم بفحص دقيق للفواتير المسلمة إليه، ورفضت المحكمة الحجة التي تمسك بها البنك، وهي أن المقاصة الآلية للفواتير تعد عقبة في طريق أي فحص بقولها: "كان من الواجب على البنك اتخاذ الإجراءات الضرورية للتوفيق بين متطلبات الإدارة الحديثة والمصالح المشروعة للعملاء".

[3]– جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 189.

إلا أن البعض[1] انتقد هذه الحجة واعتبرا أنها لم تقدم تبريرا لمن يتحمل المسؤولية عن العمليات المنفذة من الغير قبل المعارضة والمدفوعة نفقاتها بعدها، فلو افترضنا أن التاجر هو المسؤول عن ذلك فإنه قد يجعله مسؤولا عن خطأ لم يرتكبه، وهذا لا يجوز، فقد لا يكون لديه علم بواقعة الفقد أو السرقة رغم قيامه بواجبه في التحري والتدقيق والمطابقة حول صحة العملية، لكنه لم يستطع اكتشاف أن مستعمل البطاقة هو غير حائزها الشرعي، كما لا يجوز تحميل المسؤولية للبنك، لأن واجبه في منع الاستعمال الغير مشروع يتحدد من لحظة الإخطار، والإخطار هذا تحقق بعد الاستعمال غير المشروع وبالتالي فلايوجد ما يمنع البنك من الوفاء للتاجر.

بينما يرى **الاتجاه الثاني**[2] أن العميل هو الذي يتحمل نفقات العمليات المنفذة قبل الإخطار، لأن العبرة بواقعة استخدام بطاقة الائتمان وليس بواقعة السداد في حد ذاتها، وذلك أن سرقة البطاقة أو فقدها من العميل حائزها الشرعي من المخاطر التي يتحمل هو أصلا، وليس بمقدور البنك مصدر البطاقة توقيف استخدامها قبل إخطاره بضياعها أو سرقتها، وما دام أن المخاطر قد تحققت بالفعل بحصول الجاني على السلع أو الخدمات من التاجر، فإن المنطق يقتضي أن يتحميل الحامل تلك المخاطر قبل إخطار البنك بذلك، بغض النظر عن تاريخ سداد البنك للمبالغ المترتبة على استخدام البطاقة المسروقة أو المفقودة.

ونرى أن الرأي الأول هو الأجدر بالتأييد، فحدود مسؤولية الحامل تتحدد بلحظة الإخطار فمنذ تلك اللحظة تتوقف مسؤوليته وتقوم مسؤولية البنك، فالبنك بمجرد إخطاره يقع على التزام بإيقاف التعامل بالبطاقة المسروقة أو المفقودة وإرسال المعارضات بذلك إلى أجهزة الصرافات المختلفة وإلى التجار المتعامل معهم عبر القنوات الإلكترونية أو الطريقة المعتمدة.

---

[1]- جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 189.

[2]- نبيل محمد صبيح، مرجع سابق، ص 298.

الفرع الثاني: مسؤولية البنك عن القيود غير المشروعة التي تتم بعد إخطاره بواقعة فقد البطاقة أو سرقتها.

إذا سارع العميل في حالة فقد البطاقة الخاصة به، أو سرقتها هي ورقمها السري، بإبلاغ البنك بذلك في أسرع وقت ممكن، وفقا لما نص عليه العقد الذي يربطه بالبنك، فإن هذا الأخير يلتزم باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف العمل بها، ومنع الاستعمال غير المشروع لها بمجرد إخطاره بواقعة الفقدان أو السرقة، فإذا أهمل وقام الغير باستعمالها بطريقة غير مشروعة، فإن غالبية الفقه[1] يرى أن البنك يتحمل المسؤولية عن جميع المبالغ التي تمت بعد الإخطار[2].

وقد أخذ بهذا التوجه المشرع الفرنسي الذي أوجب على البنك في بادئ الأمر القيام بوقف العمل بالبطاقة بمجرد إخطاره بواقعة الفقد أو السرقة، وفي حالة إخلاله بذلك فإنه يتحمل المسؤولية الكاملة عن جميع المبالغ التي تمت بعد إخطاره بواقعة الفقد أو السرقة، ولا يمكن له التحلل من المسؤولية إلا في حالة أثبت أن الحامل استخدم طرق احتيالية[3]، والتي يكون الهدف من القيام بها هو إيهام البنك بأن البطاقة قد فقدت أو سرقت من العميل وأن الغير هو الذي استخدمها بشكل غير مشروع، بينما الواقع لا يكون كذلك في حقيقة الأمر

---

[1]– جميل عبد الباقي، مرجع سابق، ص 173 – خالد عبد التواب عبد الحميد، مرجع سابق، ص 37، – محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 109، – فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 184، – نبيل صبيح، مرجع سابق، ص 301.

[2]– قضت محكمة النقض الفرنسية في 8 أكتوبر 1991 م بخطأ البنك المصدر للبطاقة ومسؤوليته عن جميع المبالغ التي تمت بواسطة البطاقة المسروقة حيث إنه لم يتخذ كل الوسائل الموضوعية التي تحت تصرفه لمنع العميلة المنفذة بواسطة بطاقة الائتمان المسروقة، والتي قام الحامل بإبلاغه بسرقتها في نفس اليوم التي تمت فيه السرقة.

Cass.com, 8 octobre 1991.

أشار إليه – خالد عبد التواب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 374.

[3]– نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة (L–33–20) من قانون النقد والمالية والتي جاء فيها :

« Après avoir informé son prestataire ou l'entité désignée par celui-ci, conformement à l'article L133-17 aux fins de blocage de l'instrument de paiement le payeur ne support aucune consequence financière résultant de l'utilisation de cet instrument de paiement ou de l'utilisation détournée des données qui lui son liées, sauf agissement frauduleux de sa part.

بحيث يتم استخدامها من طرف العميل نفسه أو من الغير بتحريض من الحامل، أو أن البنك قام بإبلاغ التاجر بالإخطار من أجل التوقف عن قبولها ولكن التاجر يقبلها رغم ذلك لسبب أو لآخر وبالتالي فإن التاجر في هذه الحالة هو من يتحمل قيمة استعمال البطاقة بعد إبلاغه بالإخطار.

غير أن هناك توجها آخر [1] يرى تحميل الحامل المسؤولية عن المبالغ التي تمت بعد إخطاره بواقعة الفقد أو السرقة للبطاقة، وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: عند صدور إهمال أو تقصير من طرف الحامل بالقيام بواجباته التي تفرض عليه الحفاظ على البطاقة، ففي هذه الحالة يرى هذه التوجه أن الحامل يفقد ميزة الاستفادة من تحديد مسؤولياته، وتقوم مسؤوليته كاملة، ولا تنتفي إلا إذا أثبت أنه لم يرتبك أي خطأ أو إهمال في الحفاظ على البطاقة.

إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي فبمجرد قيام الحامل بواجبه في الإخطار بفقدان البطاقة أو سرقتها ينقل عبء المسؤولية عن كاهله إلى كاهل البنك، باعتبار أن هذا الأخير يلتزم بغلق العمل بالبطاقة فورا وبمجرد وصول الإخطار إليه حتى لا تستخدم بطريقة غيرمشروعة من قبل شخص آخر غير الحامل، وبالتالي يتحمل البنك المسؤولية كاملة عن النفقات التي تمت بعد إخطاره، والقول بغير ذلك يفقد الإخطار أهميته في الواقع العملي، ويجعلنا أمام حيلة قانونية الهدف منها هو تحميل الحامل المسؤولية بدلا من البنك الذي أخل بالتزامه المفروض عليه في وقف العمل بالبطاقة بمجرد إخطاره بالفقد أو السرقة.

الحالة الثانية: عندما يخطر الحامل البنك بفقد البطاقة دون أن يخطره بفقد الرقم السري الضروري لاستخدامها معه.

---

[1]– عبد الراضي محمود كيلاني، المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء و الضمان، دار النهضة العربية، مصر،ص 101 – جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 194.

حيث يرى أصحاب هذا التوجه أن النبك الذي لم يخطر بفقد أو سرقة الرقم السري عند إخطاره بفقد أو بسرقة البطاقة ذاتها، لا يلتزم بإيقاف برمجة تشغيل البطاقة في أجهزة التوزيع الآلي فورا، وذلك لأن البطاقة بدون الرقم السري لا معنى لها، فلا يمكن استخدامها بدون ذلك الرقم، فإذا ما استخدمها الغير فإن ذلك يعد قرينة إن لم تكن قاطعة فهي قوية على حصول هذا الغير على الرقم السري، وهو ما لا يتصور إلا نتيجة لتقصير من جانب الحامل في المحافظة على الرقم السري، وإبقاءه سرا، مما يجعل هذا الأخير يتحمل عبء النفقات المنفذة بواسطة البطاقة المفقودة أو المسروقة[1].

والحقيقة أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي، فهو لا يستند إلى أساس عملي في التمييز بين فقدان البطاقة ورقمها السري، فبمجرد قيام الحامل بإخطار البنك بفقد البطاقة أو سرقتها فإنه يجب على هذا الأخير إيقاف العمل بها فورا، لسيطرته على الأنظمة البرمجية المشغلة لتلك الأدوات، فهو يستطيع إيقاف العمل بها دون حاجة لرقمها السري، فمن غير الطبيعي استمرار البنك في تنفيذ أوامر الدفع صادرة من بطاقة يعلم بسرقتها أو فقدانها، فلا بد أن يقوم هذا الأخير بكافة الإجراءات والاحتياطات اللازمة لمنع أي استخدام غير مشروع على حساب الحامل بواسطة البطاقة المبلغ بسرقتها أو فقدها دون أن يحتج بعدم إخطاره برقمها السري، خصوصا أن تطور برامج الهاكرز أو القرصنة في الآونة الأخيرة يجعل من السهل في بعض الأحيان على السارق المحترف الوصول إلى الرقم السري الخاص بالحامل، والقول بغير ذلك يعني إعفاء البنك الملتزم بإيقاف العمل بالبطاقة من المسؤولية على حساب

---

[1]– قضت محكمة الاستئناف باريس بأنه قد تم ابتكار أجهزة التوزيع الأوتوماتيكي لأوراق البنوك، بحيث لا يمكن إجراء أية عملية سحب إلا باستخدام الرقم السري الذي يلتزم الحامل بالمحافظة عليه سرا، ولذلك فإن استخدام عدد خمسة موزعات مختلفة على 8 مرات كل منها بمبلغ 900 فرنك بعد الإخطار عن السرقة بمعرفة الحامل، وتأكيده عدم سرقة أو فقد الرقم السري، يظهر أن الحامل لم يحترم التزامه التعاقدي بإبقاء هذا الرقم سرا، وبالتالي يجب أن يظل الحامل مسؤولا عن عمليات السحب النقدي من الغير بعد المعارضة التي لم يضمنها فقد الرقم السري –جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 200.

المضرور الحامل الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، وهو ما يتعارض مع العدالة والمنطق القانوني السليم.

غير أنه إذا كان الإخطار – كما سبق أن أوضحنا– الحد الفاصل بين مسؤولية البنك والحامل، فإنه قد يحدث في بعض الأحيان أن يتوفى الحامل قبل أن يتمكن من إبلاغ البنك بفقدان البطاقة أو سرقتها، كما لو تعرض لحادث مرور وفي أثناء ذلك استغل الفرصة أحد المارة المتواجدين في مكان الحادث فأخذ البطاقة من الحامل، أو تعرض لعصابة مسلحة فأخذت كل ما في حوزته بما فيها بطاقة الائتمان الخاصة به ثم أردته قتيلا، وبعد ذلك يقوم المستولي على البطاقة باستعمالها بطريقة غير مشروعة، مما يثور التساؤل في هذه الحالة من المسؤولة عن النفقات التي تمت بطريقة غير مشروعة بعد وفاة الحامل الحائز الشرعي للبطاقة؟.

لا تعتبر هذه المسألة من المسائل الخلافية حيث يرى الفقهاء[1] أن البنك يكون مسؤولا عن جميع المبالغ التي تمت بواسطة البطاقة المفقودة أو المسروقة، حتى لو لم يخطر بواقعة الفقد أو السرقة، ما دام أنه قد علم بوفاة الحامل بوسائله الخاصة، فلا يشترط في هذه الحالة قيام ورثة المتوف بإخطار البنك بفقد أو سرقة البطاقة ، طالما أن البنك علم بالوفاة، استخدام البطاقة يقوم على الاعتبار الشخصي ووفاة الحامل يؤدي إلى انقضاء العقد الرابط بين البنك والحامل، وبالتالي فإن استخدام البطاقة بعد الوفاة لا يمكن أن يكون من فعل الغير، بحيث يتحمل البنك المسؤولية عن المبالغ التي تمت بالبطاقة، لعدم اتخاذه الإجراءات اللازمة لإيقاف الاستخدام غير المشروع لتلك الأداة.

[1]–Thierry Bonnean, Droit Bancaire, 2e éd, Montchrestien, 1996, p.274.

– جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص 96 – كيلاني عبد الراضي، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 876.

أما إذا لم يعلم البنك بالوفاة ولم يخطره الورثة بذلك فإن نفقات الاستعمال غير المشروع التي تمت من قبل الغير يتحملها الورثة، رغم الطابع الشخصي للبطاقة، وذلك لأنه لا يمكن أن ينسب إلى البنك أي خطأ في هذه الحالة[1].

كما يجب على الورثة رد نفقات الاستعمال المدفوعة بواسطة البنك قبل الوفاة إذا لم يقم الحامل بالإخطار بواقعة الفقد أو السرقة – إذا كان بوسعه أن يخطر البنك بذلك– لعدم احترامه لالتزامه بالإخطار، فهذه النفقات تثقل ذمة المتوفي المالية، وتنتقل بالتالي إلى الورثة، مثلها مثل أي دين، فالقاعدة هي أن : "لا تركة إلا بعد سداد الدين ".

الفرع الثالث: مسؤولية البنك عن أي قيد يتم بدون أن يأذن به العميل.

إن مخاطر الدخول غير المشروع لحساب العميل لا تقتصر على فقدان البطاقة أو سرقتها من حائزها الشرعي، وإنما تمتد إلى حالات أخرى يتعرض فيها العميل لدخول الغير إلى حسابه باستخدام بطاقة مزورة، أو من خلال الاستيلاء على البطاقة دون علم الحامل، كما هو الشأن في استخدام بعض الرموز والأرقام، دون تطلب الاستخدام المادي للبطاقة من خلال الولوج إلى شبكة الانترنت بواسطة أرقام البطاقة مع الرمز السري الخاص بها، وهذه الحالة الأخيرة – تشابه إلى حد كبير– مع تزوير البطاقة، نظرا لأن المستخدم ينتحل شخصية الحامل صاحب البطاقة صاحب[2].

وتزوير بطاقة الائتمان قد يكون كليا كما في حالة تصنيع نماذج لبطاقة الوفاء أو السحب على غرار البطاقات الإلكترونية الصحيحة، وقد يكون التزوير جزئيا إذا انصب على مجرد التغيير في بيان البطاقة.

---

[1]– كيلاني عبد الراضي، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، المرجع السابق، صد914، – جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 197.

[2]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 113.

وبذلك يمكن القول: إن تزوير بطاقة الائتمان الذي يتم عن بعد، أو استراق أرقامها في أثناء ولوجها الشبكة يعد أكثر خطورة من الاستخدام غير المشروع للبطاقة المفقودة أو المسروقة، ففي أغلب الأحوال لا يكون العميل قادرا على العلم بها حتى يقوم بإخطار البنك بذلك، ولا يستطيع هذا الأخير التمييز بين عميله والغير، بالإضافة إلى أنه غالبا لا يتم اكتشاف القيد غير المشروع إلا بعد وقوعه على حساب الحامل، بل في كثير من الأحيان لا يكتشف الحامل إلا بعد أن يرسل البنك إليه كشف الحساب الدوري، بعد أن يكون المزور قد استعمل البطاقة وسحب بها مرات عديدة قد تصل في بعض الأحيان إلى تحويل رصيد الحامل بالكامل، مما يطرح الإشكال حول من هو الطرف الذي يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للحامل؟.

في البداية لا بد أن نشير إلى أن معظم العقود التي تنظم العلاقة بين العميل والبنك في إطار بطاقات الائتمان تحمل العميل المسؤولية عن جميع النفقات التي تلحق حسابه نتيجة استعمال البطاقة[1]، وتعتبر أي استعمال صادر من البطاقة المسلمة له كأنه صادر منه حتى لو استخدمها غيره، كما تعتبر أن جميع العمليات التي قام بها العميل وقت تسجيلها عند استخدام البطاقة حجة في مواجهته، ولا يجوز له الاعتراض عليها[2]، بل إن

---

[1] ينص البند (6) من شروط وأحكام خدمة الأهلي نت للبنك الأهلي على أنه : "يقر العميل بأن هاتفه المحمول والرقم التعريفي للبنك الأهلي المصري (NBE ID) والرقم السري الهاتفي (TPIN) ورقم الحساب وجهاز التوثيق (في حالة تسلمه من البنك) تعتبر كلها وسائل تعريف تحدد هويته، وأن أية عمليات يتم تنفيذها باستخدام هذه الوسائل تعتبر صادرة من العميل باعتباره توقيعا إلكترونيا ويعتبر البنك أي شخص يستخدم هذه الوسائل هو العميل، كما يكون العميل مسؤولا عن جميع العمليات التي يتم تنفيذها باستخدام وسائل التعريف الخاصة به ومسؤولا عن أي تغيير أو فقدان أو انتقال أي من تلك الوسائل إلى الغير.

وتنص المادة (5/4) من أحكام وشروط بنك كريدي أجريكول مصر على أنه "يعتبر العميل مسؤولا عن كافة العمليات المنفذة باستخدام الخدمة، وعن سداد أي مستحقات لصالح البنك ناتجة عن هذا الاستخدام.

[2] ينص المادة (1/7) من شروط وأحكام بنك كريدي أجريكول مصر على أنه يقر العميل صراحة بموجب هذه الاتفاقية بالحجة الكاملة لمستخرجات البنك الآلية والإلكترونية المثبتة لما قام به العميل بإصدار تعليمات أو عمليات مصرفية عن طريق الخدمة، سواء كانت المستخرجات باللغة العربية أو الإنجليزية المتداولة على شبكة الإنترنت.

بعض البنوك تحاول أن تتهرب من المسؤولية عن الاستخدام غير المشروع على حساب العميل من طرف الغير، وذلك بتحمل العميل كامل المسؤولية[1].

وبذلك فإن مثل هذا الشروط تجعل العميل في موقف صعب، فبناء على تلك العقود يكون العميل ملزما بإثبات أن القيود التي وردت على حسابه لم يأذن بها وإنما تمت بطريقة غير مشروعة، ولم يتم ذلك إلا إذا أثبتت الواقعة التي أدت إلى القيد في حسابه، كإثباته لوقوع خلل فني في الأجهزة الإلكترونية للبنك، أو تزوير البطاقة أو انتحال شخصيته من قبل الغير، وقد يكون من الصعب إن لم يكن من المستحيل عليه القيام بذلك، نظرا لسيطرة البنك على الأجهزة الإلكترونية، وعلى أدلة الإثبات.

لذا يرى البعض[2] أن البنك يتحمل المسؤولية عن أي قيد غير مشروع تم على حساب العميل بواسطة البطاقة المزورة، أو من خلال اختراق نظامه الإلكتروني، إذا ثبت أنه قصر أو أهمل في القيام بواجباته في التحقق من شخصية مصدر الأمر، ومطابقة توقيعه، أو عدم وضع نظام الكتروني سليم وآمن، يكفي في هذه الحالة أن يثبت البنك أنه قد بذلك العناية المعتادة في التحقق من أن أمر الدفع الصادر إليه من العميل صاحب الصفة في ذلك، وأنه لم يحدث أي خلل أو اختراق لنظامه الإلكتروني، فإذا أثبت ذلك فإن مسؤوليته تنتفي ويصبح العميل هو المسؤول عن تلك الأضرار.

والحقيقة أن هذا الرأي لا يحقق أية حماية للعميل في ظل الطابع التقني والتكنولوجي لبطاقات الائتمان، خصوصا في ظل أوامر الدفع التي يصدرها الحامل عن بعد، إذ يقع عليه وفقا لهذا الرأي عبء إثبات أن القيد الذي تم على حسابه من خلال بطاقة مزورة أو اختراق

---

[1] كما تنص المادة (4/7) من شروط وأحكام بنك كريدي أجريكول مصر على أن البنك غير مسؤول عن أي تعامل غير مسموح به من قبل طرف ثالث

[2]– علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 245.

أنظمة البنك من قبل الغير والاستيلاء على الرموز والأرقام التعريفية للبطاقة الخاصة به، وهذا من الصعب، إن لم يكن من المستحيل على العميل القيام به[1].

بينما يرى اتجاه آخر[2] أن البنك يظل مسؤولا مسؤولية كاملة عن جميع النفقات التي تمت على حساب العميل بطريقة غير مشروعة بواسطة أمر دفع مزور أو صادر من بطاقة مزورة أو غير صحيحة، دون حاجة لإثبات أنه قام بواجبه في التحقق من صحة الأمر على الوجه المطلوب فمسؤوليته تقوم حتى لو لم يثبت أي خطأ في جانبه، ويستند هذا الرأي على أساس نظرية تحمل المخاطر المهنية.

ولا يعفى البنك من مسؤوليته إلا إذا أثبت صدور خطأ أو تقصير من جانب الحامل في القيام بالتزاماته.

ومن جانبنا نؤيد الرأي الأخير، فإذا قام العميل بالتزامه في مواجهة البنك ولم يصدر أي خطأ منه أو تقصير أو أعمال احتيالية، فإن مخاطرأي قيد على حساب الحامل بواسطة بطاقة مزورة يتحملها البنك المحترف في إطار مهنته، فهو يعد مؤهلا فنيا وقانونيا لتدبير وسائل تحويل آمنة، ويلتزم عرفا وقانونا بفحص هذه الوسائل فحصا دقيقا قبل تنفيذ أمر الدفع، كونه يتوفر على آليات ووسائل التأكد من صحة أدوات وأوامر الدفع، ومعرفة ما إذا كانت مزورة أم لا، كما يلزم بوضع نظم إلكترونية سليمة وآمنة من أي اختراق أو خلل قد يحدث ضررا لعملائه، ويجب عليه مراقبة تلك النظم وصيانتها الصيانة الدورية، وأن يوفر أنظمة المراقبة والمحاسبة، كتسليط الكاميرات على بعض المنافذ التي تستخدم فيها بطاقات الائتمان كأجهزة الصراف الآلي[3]، لكي يتم كشف هوية الأشخاص الذين يقومون باستخدامها،

---

[1]– عبد الراضي محمود كيلاني، المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق ، ص222.

[2]- Christian Gavalda, op.cit, P104.

[3]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 116، – خليفة بن محمد الحضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015، ص 86.

كذلك يلتزم بوضع الأجهزة الحديثة التي تستطيع فحص أوامر الدفع التقليدية لكشف أي تزوير حتى المتقن منه، وذلك مقارنة مع قدرته على كشف تزوير أوراق النقد التي يتعامل بها وتدخل إلى صناديقه، وهذا كله مرهون بتوفير كادر بشري متخصص في مثل هذا النوع من العمليات، لديه القدرة على كشفها والتعامل مع تلك الأجهزة التي تحدد ذلك.

أما بخصوص التشريعات المقارنة فنجد أن المشرع الفرنسي قد تبنى هذا التوجه الأخير، فبعد أن نظم حالة القيد الناشئ عن فقد أو سرقة بطاقة الائتمان، نص في الفقرة الثانية من المادة (L-133-19) من قانون النقد والمالية على أن العميل لا يكون مسؤولا عن قيد غير مشروع تم على حسابه دون علمه، ودون استخدام بطاقة الائتمان الخاصة به التي كانت في حوزته وقت إجراء العملية، إلا في الحالة التي يثبت فيها استخدامه لوسائل احتيالية.

كذلك حدد في المادة (L-133-23) من قانون النقد والمالية والحالات التي يجب على البنك القيام بها في حالة ما إذا ادعى العميل وجود قيد غير مشروع لم يأذن للبنك بإجرائه على حسابه، فيقع على البنك في مثل هذا الحال وبمجرد ادعاء العميل بذلك، أن يثبت له أن العملية محل النزاع تمت بإذن منه من خلال استخدام بطاقة الائتمان الخاصة به، أو أن أمر الدفع الذي يدعي تزويره، صحيح وغير مزور، وأن العملية تم تسجيلها بدقة، ولم يحدث في أنظمته الإلكترونية أي خلل أو عطل فني يؤثر على صحة القيود التي تم تسجيلها في الجهاز الذي تم الدفع من خلاله.

ويتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي حقق حماية كبيرة للحامل من الأضرار التي تحدثها له الوسائل الإلكترونية، دون أن يكون له أي ذنب في إحداثها، فقد جعل عبء الإثبات على عاتق البنك في مثل تلك الحالات، لامتلاكه الوسائل التي تمكنه من معرفة

إمكانية دخول الغير إلى حساب عميله بطريقة غير مشروعة[1]، أو من وجود اختراقات أو حدوث أي خلل فني في أنظمته الإلكترونية أدى إلى إحداث قيود غير مشروعة على حساب الحامل، وبهذا سد المشرع الفرنسي الباب أمام البنوك من اصطناع الوسائل الاحتيالية، أو وضع شروط تعسفية في إلقاء عبء المسؤولية على عاتق العميل في تلك الحالات التي يصعب عليه إثباتها.

المطلب الثاني

مسؤولية البنك عن الرفض أو الغلط أو التأخير في تنفيذ أمر الدفع

قد يصدر الحامل أمر الدفع إلى البنك الذي يوجد به حسابه، ببطاقة الائتمان الخاصة به، ولكن قد يرفضه البنك، مما يلحق الحامل أو المستفيد ضرر من جراء ذلك الرفض، كما لو فوت على العميل صفقة بسبب رفض البنك أمر الدفع الذي أرسله الحامل للوفاء بقيمة الصفقة ، أما إذا نفذ البنك أمر الدفع ولكنه ارتكب غلطا في أثناء التنفيذ معتقدا أنه يتبع التعليمات الصادرة عن الحامل، مما يتسبب في أحداث ضرر للمستفيد ، فهنا يطرح التساؤل التالي : ما مدى مسؤولية البنك عن تلك الأضرار التي تحدث نتيجة لذلك الغلط؟ وهذا ما سوف نجيب عليه في الفرع الثاني، ولكن في بعض الحالات قد لا يرفض البنك تنفيذ أمر الدفع، ولا يحدث أي غلط في بيانات تنفيذ الأمر وإنما يتأخر البنك في ذلك التنفيذ، مما يلحق أضرارا بالتاجر "فرع ثالث".

الفرع الأول : مسؤولية البنك عن رفض تنفيذ أمر الدفع.

---

[1]- عبد الراضي محمود كيلاني، المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص215.

هناك اتجاه يرى[1] أن البنك غير ملزم بتنفيذ أمر الدفع للتاجر الصادر إليه من الحامل، فله الحق في رفض تنفيذه دون أن يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للحامل أو التاجر بسبب ذلك الرفض، غير أنه يشترط لكي تنتفي مسؤوليته – وفقا لهذا الرأي – أن يخطر الحامل الآمر بالدفع برفضه تنفيذ أمر الدفع، وأن يتم ذلك الإخطار في الوقت المناسب، فإذا تأخر عد مسؤولا عن أية أضرار تحدث للعميل أو المستفيد.

غير أن هناك اتجاها آخر[2] –نؤيده– يرى أنه إذا كان أمر الدفع مخالفا لشروط القانون أو عقد الحساب أو قواعد العرف المصرفي[3]، فإن للبنك أن يرفض تنفيذ أمر الدفع دون أن يتحمل أية مسؤولية عن الأضرار التي تحدث للعميل نتيجة لذلك الرفض، أما إذا كان مستوفيا الشروط اللازمة لتنفيذه فإن البنك يتحمل المسؤولية عن أية أضرار تلحق من جراء ذلك الرفض، وهذا ما يتفق مع اعتبار أمر الدفع الصادر من الحامل عند استعماله لبطاقة الائتمان بمثابة تسلم يدوي للنقود.

وقد أخذ بهذا التوجيه قانون النقد والمالية الفرنسي ، فلم ينص على حق البنك في الامتناع عن تنفيذ أمر الدافع، بل أوجب مسؤوليته عن أية أضرار تلحق العميل من جراء رفضه ذلك، على اعتبار أن رفض البنك تنفيذ أمر الدفع يتعلق بالالتزام الرئيسي المتفق عليه في العقد الذي يربط بينه وبين الحامل وبينه وبين التاجر، وهو التقيد بأوامر الحامل التي يصدرها إليه باستخدام بطاقة الائتمان، فسواء لم يقم البنك بتنفيذ هذا الأمر بشكل كلي أو

[1]– جلال وفاء محمدين ، التحويلات المصرفية الالكترونية من الوجهة القانونية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة السادسة والأربعون، جانفي 2004، ص 271.

[2]– علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 203.

[3] كما لو أصدر أمر الدفع دون أن ويجد له مقابل وفاء كاف لتغطيته، أو في حالة عدم تحديد العميل لرقم الحساب المطلوب التحويل منه، أو عدم تحديد رقم حساب المستفيد، أو عدم توقيع العميل على أمر الدفع، أو توقيعه بتوقيع غير مطابق للنموذج المسجل لدى البنك، أو تم الحجز على حساب العميل أو التحفظ عليه تحت يد البنك، ففي مثل هذه الأحوال وغيرها مما لا يتفق مع شروط أمر الدفع فإن من حق البنك أن يرفض تنفيذه دون أن يتحمل أية مسؤولية نتيجة لخطأ العميل في ذلك.

جزئي، أو قام بتنفيذه بشكل معيب، فإنه يفترض صدور خطأ منه، مما لا يكون معه هناك مجال للبنك لإخطار العميل برفضه تنفيذ أمر الدفع مستوف كافة الشروط اللازمة لتنفيذه[1].

وبذلك يكون المشرع الفرنسي في هذه الحالة قد أقاما مسؤولية البنك على أساس الخطأ المفترض واعتمداها على فكرة الخطأ المفترض يبرره خصوصية الوسائل التي يستخدمها البنك في تنفيذه التزاماته والطابع التقني لها، فافتراض الخطأ في هذه الحالة يرتبط بتلك الوسائل، ذلك أن البنك يلتزم بتوفير نظام الكتروني سليم خال من العيوب، ووقوع ضرر للعميل –تاجر أو حامل – بحصوص تنفيذ أمر الدفع يقيم قرينة مفادها حدوث خلل في الأجهزة التي يستعملها البنك ما دام هو ملزما بتنفيذ أمر الدفع، مم يستوجب معه أن يتحمل مسؤولية الضرر الذي تسبب فيه جراء خطئه ونفي البنك لهذا الخطأ يكون بإثبات عدم وجود خلل أصاب تلك الأجهزة.

أما التوجيه الأوربي رقم (64) بشأن خدمات الوفاء والسداد 2007م، فقد كان أكثر صراحة في إلزام البنك بتنفيذ أمر الدفع وتحميله المسؤولية القانونية في حالة رفضه ذلك بدون سبب قانوني، حيث نصت المادة (2/65)[2] منه على أنه إذا توافرت كافة الشروط

[1] نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة (L133-23) من قانون النقد والمالية التي نصت على أنه في حالة ادعاء العميل بعدم تنفيذ البنك لأمر الدفع، أو أن العميلة التي أمر بها تم تنفيذها على غير الوجه المتفق عليه، فإنه يجب على البنك إثبات صحة العمليات التي قام بها، وأنها لم تتأثر باي خلل فني أو غيره.

« Lorsqu'un utilisateur de services de paiement nie avoir autorisé une operation de paiement qui a été executée, ou affirme que l'operation de paiement n'a pas été execute correctement, il incomble a son prestataire de services de paiementde prouver que l'operation en question a été authentifiée, dument enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une deficience technique ou autre.

[2] جاء في هذه المادة أنه :

Lorsque toutes les conditions énoncés dans le contrat-cadre du payeur son réunies, le prestataire de services de paiement du payeur ne refuse pas d'executer un ordre de paiement autorisé, que l'ordre de paiement soit initié par un payeur ou par ou via un bénéficiaire, à moins d'une interdiction en vertu d'une autre législation communautaire ou nationale pertinent »

المبينة بالعقد فإن متعهد خدمة السداد (البنك) لا يجوز له رفض تنفيذ أمر الدفع، ما لم يحظر ذلك التشريعات الوطنية والاتحادية.

كما أن هذا التوجيه اعتبر أن خطأ البنك خطأ مفترض وذلك في المادة (1/59)[1] منه، والتي أوجبت في حالة إنكار العميل موافقته بإجراء القيد على حسابه، أو أنه تم بشكل غير صحيح، إلزام البنك متعهد خدمة الوفاء بإثبات أن عملية الدفع تمت بشكل موثق ومسجلة بشكل صحيح، وعليه أن يثبت سلامة نظامه الإلكتروني و أنه لم يصب بأي خلل من شأنه حدوث القيد غير المشروع على حساب الحامل أو التاجر، أو تسبب هذا الخلل في عدم استجابة النظام الإلكتروني لعملية الدفع وتنفيذها.

مما تقدم يتضح لنا أن القانون الفرنسي وقانون التوجيه الأوربي، في هذه الحالة يحققا حماية كبيرة للعميل فهذه التشريعات لم تترك الأمر لمطلق حرية البنك في تنفيذ أمر الدفع أو رفضها– مثلما ذهب إليه الاتجاه الأول– وإنما ألزمته بذلك وحملته المسؤولية الكاملة عن الأضرار التي تلحق العميل من جراء رفضه ذلك، وهذا ما يتفق مع طبيعة التزامات البنك الناجمة عن تقديم خدمة بطاقات الائتمان والذي يتوجب عليه أن ينفذ أوامر الحامل بالقيام بكل الخدمات التي تتطلبها هذه الخدمة، ومنها عمليات الدفع والوفاء للتاجر ، كما أن التزام البنك بتنفيذ أمر الدفع دون أن يكون له حق رفض ذلك بدون سبب يبرر الرفض، هو ما يتفق والوظيفة التي تؤديها بطاقات الائتمان باعتبارها تحل محل النقود اليدوية في تسوية الالتزامات.

---

[1] جاء في هذه المادة أن :

« …les etats membres exigent que, lorsqu'un utilisateur de services de paiement nie avoir autorisé une opération de paiement qui a été executée, ou affirme que l'opération de paiement n'a pas été executée correctement, il incombe à son prestataire de service de paiement de prouver que l'opération en question a été authentifiée, dument enrgistré et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre »

وما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن الحامل قد يصدر أمر الدفع دون أن يعلم، بأنه لا يوجد رصيد كاف في حسابه، رغم استيفاء الأمر لكافة الشروط الأخرى، مما قد يجعل البنك يرفض تنفيذ أمر الدفع، وهنا يطرح التساؤل في حالة رفض البنك لأمر الدفع في هذه الحالة، فما مدى مسؤولية هذا الأخير إذا عن ذلك حتى وإن لم يخطر الحامل الذي صدر منه الامر بالدفع ؟.

يرى البعض[1] أنه لا يتوجب على البنك الذي رفض التنفيذ أن يشعر الآمر بهذا الرفض، طالما أن البنك يقوم عادة بإرسال كشوفات الحساب بشكل دوري للحامل ليتمكن الأخير من الاطلاع على حقيقة وضع الحساب.

بينما هناك من يرى [2]– وبحق– أنه طالما أن البنك يملك حق رفض أمر الدفع لوجود الأسباب المبررة لذلك، فإنه يلزم بالكشف عن هذه الأسباب إذ يجب عليه إشعار الآمر برفضه للتنفيذ وسبب الفرض، ويبرر ذلك أن الأصل في التعامل بين البنك وعميله مبني على أساس من الثقة.

وهذا ما أخذ به التوجيه الأوربي رقم 64 لسنة 2007 م بشأن خدمات الوفاء والسداد حيث أوجب على البنك في حالة رفضه تنفيذ أمر الدفع أن يخطر الحامل بهذا الرفض ويقوم بتوضيح أسبابه، والإجراءات أو البيانات التي يتوجب على العميل أن يستوفيها لتنفيذ أمر الدفع[3].

---

[1]– سليمان أبو ذياب، النقل المصرفي – عمليات التحويل الداخلي والخارجي– ، مركز البحوث القانونية، بيروت، 2010، ص 135.

[2]– أحمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 22، – جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 2223.

[3]– جاء في هذه المادة أنه :

"...1. Lorsque le prestataire de service de paiement refuse d'executer un ordre de paiement, le refus et, si possible, les motifs de ce refus ainsi que la procédure à suivre pour corriger toute erreur factuelle l'ayant entrainé sont notifiées à l'utilisateur de services de paiement, a moins d'une interdiction en vertu d'une autre légéslation communautaire ou nationale pertinent ».

ولذلك نرى أن البنك ملزم بإخطار العميل برفض تنفيذه أمر الدفع في كل حالات الرفض التي لا تتحقق فيها شروط الدفع، دون أن يقتصر ذلك على حالة عدم كفاية رصيد حساب الحامل، حتى يكون هذا الأخير على علم بذلك الرفض، لكي يتخذ احتياطاته، من جراء رفض الصفقة التي أصدر أمر الدفع بمناسبتها بما يجنبه الأضرار الناجمة عن ذلك الرفض.

الفرع الثاني: مسؤولية البنك عن الغلط في تنفيذ أمر الدفع.

إن استخدام البنك للأنظمة الإلكترونية في بطاقات الائتمان، لا يعني أن هذ الأنظمة قد جعلت البنك في مأمن من حدوث أي غلط في تنفيذ أمر الدفع الصادر من الحامل، فقد تؤدي في بعض الأحيان إلى أخطاء فادحة لا يستطيع البنك تلافيها قبل حدوث الضرر للعميل سواء الحامل أو التاجر، نظرا للسرعة التي تتميز بها تلك الأنظمة في التنفيذ.

وأكثر الأنظمة الإلكترونية عرضة للغلط في تنفيذ أوامر الدفع الصادرة من الحامل تلك التي لا تستقبل أوامر الدفع إلكترونيا وإنما تقليديا، نتيجة لقيام موظف البنك بتعبئة بيانات الأمر في النظام بطريقة الغلط أو ضعف الرقابة على صحة الأمر ومصداقيته.

غير أنه من النادر وقوع البنك في الغلط في الأنظمة التي تستقبل أوامر الدفع إلكترونيا وتنفيذها آليا دون تدخل موظف البنك، والتي تكون مبرمجة على خطوات محددة إذا اتبعها الحامل عند إرسال الأمر فإنه ينفذها النظام بصورة أوتوماتيكية، وفقا للخطوات التي تم برمجتها مسبقا[1]، ولكن قد يحدث في بعض الأحيان – وإن كان بصورة نادرة– خلل فني في الأنظمة مما يجعلها تصدر أوامر خطأ أو دخول الغير بطريقة غير مشروعة إلى تلك

[1]– جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 2225.

الأنظمة، فيقوم باعتراض أوامر الدفع في أثناء مرورها في الشبكة فيعدل في بياناتها، مما يجعلها تنفذ أمر الدفع بشكل غير سليم[1].

في كل هذه الأحوال يكون البنك مسؤولا مسؤولية كاملة عن تلك الأضرار، ولا يجوز له أن يحتج بخطأ الغير، كما لو كان الغلط من البنك الوسيط إذا تطلبت العملية تدخل بنك ثالث أو أكثر لإتمامها – وهي الحالة التي يكون فيها بنك التاجر هو غير بنك الحامل–، أو من مزود خدمات الإنترنت، أو مزود خدمات الاتصالات السلكية أو اللاسلكية التي تؤمن توفير خطوط الاتصال بين المصرف وعملائه، فمثلا هؤلاء وغيرهم ممن يحتاجهم البنك بتزويده بالأنظمة الإلكترونية لتنفيذ التزاماته لا تربطهم بالعميل علاقة مباشرة، بل علاقة العميل تكون مع المصرف الذي لديه حساب وحده والذي التزم بتسليمه البطاقة، ولكن بما أن هؤلاء يقومون بأداء ضروري لقيامه بتنفيذ التزاماته، فإن أي خلل أو خطأ أو تقصير أو إهمال في عملهم، وتسبب ذلك في إلحاق الضرر بالعميل يجعل البنك مسؤولا عنه كونه هو الملتزم تجاه العميل.

والغلط في الدفع قد يكون في بيانات أمر الدفع، وفي هذه الحالة يتحمل مسؤولية ذلك الحامل الذي حرره، وقد يكون من نظام الدفع ذاته كما لو تم الغلط من موظف البنك عند إرسال أمر الدفع إلى البنوك الوسيطة أو بنك التاجر أو عند قيده في حساب هذا الأخير إذا كان هذ الحساب مفتوحا لدى البنك ذاته، الذي يوجد فيه حساب الحامل الآمر، أو حدث عطل فني في برامج الكمبيوتر أو فيروس معلوماتي دمر بعض معلومات الأمر أو حرف فيها، ففي هذه الحالة يتحمل المسؤولية بنك الآمر –الحامل– باعتباره المسيطر على نظام بطاقات الائتمان التي يقوم بتوزيعها على عملائه، أما اذا حدث الغلط من نظام البنك

[1]– محمد بشير محمد حامد، مرجع سابق، ص176– نبيل محمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفي، مرجع سابق، ص 303.

الوسيط –بنك التاجر–، فإنه يتحمل المسؤولية في مواجهة البنك الأصلي الذي اختار هذا البنك الوسيط[1].

وعلى أية حال فإن هناك صورا عديدة من الأخطاء التي يرتكبها البنك عند تنفيذ أمر الدفع، ومن ذلك فقد يقع البنك في الغلط في مبلغ الدفع ، كما لو قام بدفع مبلغ زائد أو ناقص عن المبلغ المطلوب، دفعه والمحدد في أمر الدفع، وفي كل هذه الصور يتحمل البنك المسؤولية عن الأضرار التي تصيب العميل، ولا يكون الآمر مسؤولا إذا وجد البنك صعوبة في استرجاع المبلغ.

كما قد يقع البنك في الغلط في تحديد شخصية التاجر المقصود بالأمر الصادر من الحامل وهو التاجر الذي تم استعمال بطاقة الائتمان لديه، وذلك بنقل قيمة استعمال البطاقة إلى حساب شخص آخر بدلا من أن ينقله إلى حساب التاجر الحقيقي، وبذلك يكون البنك مسؤولا أمام عميله عن هذا الوفاء الخاطئ، وله أن يسترد المبلغ الذي نقله إلى حساب المستفيد بطريقة الخطأ، ويكون ذلك من خلال إجراء قيد عكسي في الجانب المدين من حساب المستفيد بالمبلغ الذي تم تسجيله خطأ في الجانب الدائن من حسابه في البنك ، وإذا لم يتحصل البنك على الإذن بإعادة المبلغ، فيستطيع مطالبته برده بدعوى الإثراء بلا سبب[2].

وفي ذلك أوجبت المادة (74) من التوجيه الأوربي تنفيذ أمر الدفع بعد التحقق من شخصية المستفيد والمبينة في الأمر، فإذا كانت البيانات المتعلقة بشخصية المستفيد غير صحيحة، فإن بنك المستفيد غير مسؤول عن عدم التنفيذ الخاطئ المعيب، وإنما يتحمل المسؤولية عن ذلك بنك الآمر باعتباره المسؤول عن التحري عن بيانات أمر الدفع، حيث أوجبت عليه هذه المادة – أي على بنك الحامل– أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة والحيطة

---

[1]–عبد الراضي محمود كيلاني، المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص217.

[2]– وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 141 من القانون المدني الجزائري.

والحذر في التحقق من صحة أمر الدفع ومصداقيته، فإن قصر في ذلك أو أهمل تحمل المسؤولية في مواجهة الحامل الآمر أو التاجر المستفيد، ما لم يكن الغلط نتيجة خطأ التاجر أو الحامل في تنفيذ التزاماتهما بشأن استعمال بطاقة الائتمان[1].

وعلى أي حال فإن الغلط في الدفع يمس التزام البنك الجوهري في العلاقة التي تربط هذا الأخير، بعميله ويجعله مسؤولا عن كافة الأضرار التي تصيب العميل من جراء ذلك الغلط، إلا أنه لكي ترتب مسؤولية البنك على الغلط في تنفيذ أمر الدفع، فإنه يجب أن لا يكون هناك خطأ من الحامل ليترتب عليه المسؤولية القانونية، فإذا ارتكب الحامل خطأ و أثبت البنك أنه نفذ أمر الدفع بناءا على المعطيات التي وصلت إليه ، فتقع المسؤولية على عاتق الحامل الذي أخطأ في تنفيذ التزاماته بشكل صحيح وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد الذي يجمعه مع البنك، ولكن من الممكن أن يكون الخطأ مشتركا بين البنك وبالحامل، وبالتالي فإن المسؤولية تكون مشتركة، كل بنسبة خطئه في أحداث الضرر، كما سنرى لاحقا.

الفرع الثالث: مسؤولية البنك عن التأخير في تنفيذ أمر الدفع.

تتميز أغلب أنظمة بطاقات الائتمان بالسرعة الفائقة في تنفيذ أوامر الدفع والتي قد تستغرق ثواني معدودة خصوصا في الأنظمة التي تعتمد على استقبال أوامر الدفع إلكترونيا، كما هو الشأن في استعمال بطاقات الائتمان عبر الانترنت والصرافات الآلية والهاتف المحمول...إلخ، إلا أنه قد يحدث في بعض الأحيان خلل فني لنظام البنك الإلكتروني، مما

---

[1] جاء في هذه المادة أنه :

« 1. Un ordre de paiement exécuté conformément à l'identifiant unique est réputé dument exécuté pour ce qui concerne le bénéficiaire indiqué par l'indentifiant unique.
2. Si l'identifiant unique fourni par l'utilisateur de services de paiement est inexact, le prestataire de services de paiement n'est pas responsable au titre de l'article 75 de l'inexécutions ou de la mauvaise exécution de l'opération de paiement, toutefois, le prestataire de services de paiement du payeur s'efforce, dans la mesure du raisonnable, de récupérer les fonds engagés dans l'opération de paiement… »

يتسبب في تأخر البنك في تنفيذ أوامر الدفع الموجهة إليه وفي أحوال أخرى قد تفرض طبيعة النظام الإلكتروني المعتمد عليه من طرف البنك ألا ينفذ أوامر الدفع بصورة آلية ومباشرة، وإنما يتأخر بعض الوقت، مما يطرح الإشكال في هذه الأحوال عن مدى مسؤولية البنك عن الأضرار التي تلحق العميل جراء ذلك التأخير؟.

يرى بعض الفقه[1] أن البنك إذا تأخر في تنفيذ أمر الدفع بدون مبرر فإنه يتحمل كامل المسؤولية عن الأضرار التي تحدث من جراء ذلك التأخير[2]، أما إذا كان التأخير له ما يبرره فإنه لا يتحمل المسؤولية عن تلك الأضرار، وهذه المسالة ليست من المسائل الخلافية، ولكن التساؤل الذي يثار هنا هو: هل البنك ملزم بتنفيذ أمر الدفع فورا كما هو الشأن بالنسبة للشيك مثلا، بحيث إذا لم ينفذه بمجرد وصوله تحمل المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للعميل يعد وصول أمر الدفع إلى البنك مباشرة؟، أم أن من حقه – أي البنك – أن يتأخر في تنفيذه خلال مدى معقولة؟.

في البداية لا بد أن نشير إلى أنه لا مشكلة لدى بعض البنوك التي تعتمد في خدمات بطاقات الائتمان على الأنظمة الإلكترونية الآلية في جميع مراحلها بما فيها إجراء الرقابة الآلية للتحقق من صحة أمر الدفع، فهذه الأنظمة لا تستغرق في تنفيذ أمر الدفع إلا ثواني معدودة، وبالتالي قد يكون من النادر أن يحصل ضرر للعميل بين فترة إرسال أمر الدفع من الحامل، وتنفيذه بالوفاء للتاجر عدا في حالة وجود خلل فني في أجهزة البنك، أثناء التنفيذ، ولكن المشكلة قد تكمن في الأنظمة التي تعتمد على الرقابة التقليدية من قبل موظف البنك على صحة وسلامة أمر الدفع ومدى استيفائه للشروط القانونية، أو عندما يكون طبيعة نظام

---

[1]– علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، 241.

[2]– ومن الأمور التي يتحقق بها الضرر المادي للأمر، تعطيل أعماله، خلق الصعوبات مع عملائه، إلحاق الخسائر المتلاحقة به خلال الفترة ما بين إصدار الأمر وتنفيذه بسبب هبوط أسعار العملة موضوع أمر الدفع أو ارتفاع أسعار البضاعة المشترات مثلا، كما يمكن أن يكون الضرر الذي يلحق بالعميل من جراء التنفيذ المتأخر أدبيا سواء كان هذا الضرر لاحقا بالتزامه خلال فترة محددة أو نتيجة تأخر البنك.

المستخدم في بطاقات الائتمان من طرف هذا البنك تفترض عليه أن يقوم إرسال أمر الدفع إلى البنك بوسيلة تقليدية.

لذا يرى بعض الفقه[1] أنه ما دام أن مصدر التزام البنك بالدفع والوفاء للتاجر، هو العقود التي يبرمها البنك مع كل من الحامل والتاجر، فإنه يتوجب على البنك أو البنوك المتداخلة في عملية الوفاء للتاجر تنفيذ أمر الدفع، وذلك بإجراء القيود اللازمة لتنفيذه فورا، ودون أن يشعر التاجر بأي تأخير.

بينما هناك اتجاه آخر[2] يرى أن البنك أو البنوك المتداخلة في عملية الوفاء للتاجر وتنفيذ أمر الدفع الصادر من الحامل، ليست ملزمة بتنفيذه فورا، وبمجرد وصوله وإنما خلال مدى معقولة دون أن يكون هناك تأخير غير مبرر، ذلك أن العدالة تقتضي أن يترك للبنك فسحة من الوقت للتأكد من سلامة تنفيذ أمر الدفع، خصوصا بالنسبة لبنك الحامل الآمر، ويبرر ذلك أن تنفيذه لأمر الدفع بشكل معيب أو تنفيذه بطريقة غير صحيحة يؤدي إلى ترتيب مسؤوليته، وبالتالي لا يمكن وفقا لهذا الاتجاه تحديد فترة زمنية دقيقة بين وقت وصول أمر الدفع إلى البنك ووفاء هذا الأخير إلى التاجر، يمكن بعدها القول إن التأخير إلى هذا الوقت يصبح غير مغتفر، وإنما يفصل في كل حالة على حدى وفقا لظروفها.

وقد أخذ بهذا التوجه الأخير العديد من التشريعات المقارنة حيث تنص التوجيه الأوربي بشأن خدمات الوفاء والسداد رقم 64 لسنة 2007م، فقد نصت المادة (1/64)[3] على أنه إذا كان زمن الاستلام محددا بكونه يوما كاملا، فإن أمر السداد يعتبر مستلما في اليوم التالي، ولمتعهد خدمة السداد (البنك) أن يحدد ساعات محددة لاستقبال أوامر السداد، فإذا

---

[1]– سليمان أبو دياب، مرجع سابق، ص 133.

[2]– علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 241.

[3]– تنص هذه المادة على أنه :

« …Si le moment de réception n'est pas un jour ouvrable pour la prestataire de services de paiement du payeur, l'ordre du paiement avoir été recu le jour ouvrable suivant le prestataire de services de paiement peut établir uneheur limité proche de la fin d'un jour ouvrable au-delà de laquelle tout ordre de paiement recu est reputé ravoir été recu le jour ouvrable suivant ».

استلم أمر السداد في خارج تلك الأوقات عد أمر السداد مستلما في اليوم التالي، كما نصت المادة (1/69)[1] من هذا التوجيه في معناها على أنه يتوجب على الدول الأعضاء أن تلزم مقدمي البنك أن يقوم بعملية الوفاء لتاجر تنفيذا الأمر الدفع ويقوم بتحول المبلغ إلى حساب التاجر أو البنك الوسيط للتاجر بحد أقصى نهاية اليوم الأول التالي على استلامه أمر الدفع.

غير أن المادة (1/68)[2] من هذا التوجيه نصت على أنه "لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة المواعيد المنصوص في المادة (69) بما يتجاوز أربعة أيام كاملة تبدأ من الوقت المحدد لاستلام أمر السداد المبين بالمادة (64).

وبذلك تكون هذه التشريعات قد حددت الحد المعقول الذي يتوجب على البنك عدم تجاوزها في تنفيذ التزامه، فإن تأخر تنفيذه لأمر الدفع أو لم ينفذه خلالها عد مخلا بالتزامه، وبالتالي يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تلحق عميله من جراء ذلك الإخلال.

وفي كل الأحوال لا يجوز أن يتأخر المصرف في حالة عدم تحديد مدة لتنفيذ الأمر، عن الفترة الزمنية الواقعة بين زمان تقديمه ونهاية الدوام الأول ليوم العمل التال له، غير أن هذا لا يعني أن البنك لا يتحمل المسؤولية إن كانت ظروف الوفاء للتاجر تستدعي تنفيذ أمر الدفع بعد وصوله مباشرة، وكان الأمر صحيحا، بحيث إذا تأخر تنفيذه إلى اليوم التالي

---

[1]– جاء في هذه المادة أنه :

« les Etats membre exigent du prestataire de services de paiement du payeur qu'il veille à ce que, après le moment de récéption tel que défini à l'article 64, le montant de l'operation de paiement soi crédité sur le compte du prestataire de services de paiement du bénéficiaire au plus tard à la fin du premier jour ouvrable suivant… ».

[2]– تنص هذه المادة على أنه :

« La présente section s'applique aux autres opérations de paiement, à moins que l'utilisateur de services de paiement et son prestataire de services de paiement en soient convenus autrement, à l'exeption de l'article 73, auquel les parties ne peuvent déroger, Cependant, lorsque l'utilisateur de services de paiement et son prestataire de services de paiement conviennent d'un délai plus long que ceux fixés à l'article 69 pour les opération de paiement intracommunautaire, ce délai ne peut pas dépasser quatre jours ouvrable à compter du moment de réception tel que défini à l'article 64.

لتقديمه، قد يلحق التاجر أضرارا من جراء ذلك التأخير، بل يظل مسؤولا عن تلك الأضرار نتيجة لتقصيره في القيام بواجبه بالتنفيذ خلال المدة المعقولة التي تفرضها عملية الدفع والوفاء للتاجر ذاتها.

المطلب الثالث

مسؤولية البنك عن الإخلال بالتزامه بالإعلام في بطاقات الائتمان أو إفشاء أسرار عميله.

سبق أن بينا أنه يقع على عاتق البنك التزام بالإعلام العميل بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة باستعمال بطاقات الائتمان ووسائلها وكيفية استخدام البطاقة ومخاطره وانتهينا إلى أن التزام البنك بإعلام العميل هو التزام بتحقيق نتيجة، كما أوضحنا الأساس القانوني لهذا التزام، سواء كان ذلك قبل التعاقد أو بعده.

كما سبق وأن بينا أن البنك يلتزم بالمحافظة عن أسرار عملائه، ويشمل هذا الالتزام جميع المعلومات والبيانات المالية والشخصية للعميل-التاجر أو الحامل- عن كافة العمليات والمعاملات التي يجريها على حسابه بما فيها تنفيذ أمر الدفع والوفاء للتاجر.

غير أنه قد يخل البنك بهذا الالتزامات فلا يقدم لعميله - تاجراً كان أو حاملاً- المعلومات الكافية أو يقدمها بطريقة غير صحيحة، مما يتسبب في إلحاق أضرار بالعميل، كان بإمكان هذا الأخير تجنبها لو تم تنويره بالمعلومات الكافية حول تلك العمليات والوسائل المستخدمة في تنفيذها، أو كان في استطاعته العدول عن العقد قبل إبرامه مما يرتب مسؤولية البنك عن هذا الإخلال (فرع أول)، كما قد يخل بالتزامه في المحافظة على أسرار عملاءه فيرتب مسؤولية البنك عن إفشاء أسرار العميل (فرع ثاني).

الفرع الأول: مسؤولية البنك عن الإخلال بالتزامه بالإعلام في بطاقات الائتمان.

إن المستقر عليه أن الدائن الذي تعرض لضرر من مخالفة مدينه لالتزامه بالإعلام، حق الرجوع عليه بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية المدنية متى توافرت شروطها وعناصرها[1]، وهذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية إذا كان الضرر الذي لحق العميل ناتجا عن الإخلال بالالتزام بالإعلام التعاقدي، أما إذا كان ناتجا عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي فإن هناك ثمة خلافا بين الفقهاء حول طبيعة هذه المسؤولية، فهناك اتجاه يرى[2] أن مسؤوليته عقدية، ويستند هذا الاتجاه إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد، حيث يرى أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلان هذا العقد، هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على مرتكبه، فالخطأ الذي يعوق قيام العقد أو يؤدي إلى بطلانه يقيم المسؤولية العقدية.

غير أن أصحاب هذا التوجه اختلفوا فيما بينهم حول أساس هذه المسؤولية حيث يؤسسه البعض على أساس الاتفاق الضمني بالضمان، والذي يتعهد بمقتضاه كل عاقد للآخر، بعدم مباشرة ما يعوق إبرام العقد أو يؤدي إلى بطلانه، في حين يؤسس البعض الآخر هذه المسؤولية على العقد ذاته رغم عدم قيامه أو بطلانه.

وقد انتقد البعض[3] هذا الاتجاه على أساس أنه يقوم على الافتراض المحض الذي يخلو من الواقعية، حيث لا يمكن افتراض أن العقد الذي ينشأ بعد يوجب على العاقد التزاما سابقا عليه، كما لا يمكن افتراض وجود اتفاق ضمني بالضمان بين المتعاقدين يوجب عليهما عدم إعاقة أبرام العقد أو ممارسة ما يؤدي إلى بطلانه، وأرادتهما تنصرف إليه أصلا.

---

[1]– خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 473.

[2]– المرجع نفسه ، ص 471.

[3]– نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإفضاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص306.

إلا أن هناك توجها آخر[1] يرى أن الأخطاء التي تقع من أطراف العقد المزمع إبرامه خلال مرحلة المفاوضات تتم المساءلة عنها وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، بالتالي فإن المسؤولية الناشئة عن مخالفة المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقدي هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، لأنه لا يمكن أن ينشأ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد السابق على إبرام العقد وتكوينه.

من جانبنا نرى بأن الرأي الأخير هو الأجدر بالتأييد، لأن الالتزام بالإعلام لا يتولد عن العقد ولا ينشأ عنه، بالتالي فإنه التزام قانوني غير عقدي يسأل عليه البنك مسؤولية تقصيرية وليس عقدية.

كما نرى أن هناك حالة واحدة يمكن القول عنها بأن المدين يسأل فيها من هذا الالتزام مسؤولية عقدية هي الحالة التي يكون قد اتفق فيها المتعاقدان على عقد يسبق العقد الذي تم الإخلال فيه بالالتزام بالإعلام، وهذا العقد – كما سبق أن بينا– يحدد المبادئ والأسس الذي يعتمد عليها المتعاقدين في إبرام عقدهما الذي أدى إلى الإخلال بالالتزام به إلى حدوث ضرر للعميل، ففي هذه الحالة يستمد الالتزام بالإعلام مصدره من العقد الأول ويصبغ عليه الصبغة العقدية، وبالتالي يسأل المدين في هذه الحالة على أساس المسؤولية العقدية وليس التقصيرية، وفي غير هذه الحالة يكون خطأ المسؤول خطأ تقصيريا يوجب مسؤوليته على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية.

وبذلك نخلص إلى القول بأن إخلال البنك بالتزامه بإعلام عميله عن المعلومات والبيانات المتعلقة باستعمال بطاقات الائتمان والأنظمة الإلكترونية التي تنفذ من خلالها، يرتب مسؤوليته المدنية بتعويض العميل عن الأضرار التي لحقته من جراء إهمال البنك بواجبه بإعلامه، إلا أن طبيعة هذه المسؤولية تتحدد وفقا لطبيعة الالتزام بالإعلام ذاته، فإذا

---

[1]– نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإفضاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، مرجع سابق، ص 307.

كان الالتزام قبل التعاقد فإنه يرتب مسؤولية التقصيرية، وأن كان هذا الالتزام تعاقديا فإنه يرتب المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني : مسؤولية البنك عن إفشاء أسرار العميل.

يعد التزام البنك بالمحافظة على أسرار عميله التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإنه يكون مسؤولا عن أي أضرار تحدث للعميل، نتيجة انتهاك سرية بيانات استعمال البطاقة التي يجريها هذا الأخير، بسبب تقصير البنك في وضع النظم الأمنية المسؤولة عن الحفاظ على هذه البيانات.

ولا يستطيع البنك أن يدرأ مسؤوليته، إلا إذا أثبت أنه أفشى السر، أو قدم المعلومات إلى من أجاز لهم القانون ذلك فقط وفقا لما تم التطرق إليه.

وقد بينت بعض التشريعات[1] حالات إعفاء البنك من الالتزام بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بعملائه كما سبق أن أشرنا إلى ذلك، ومن ذلك ما أوجبه القانون النقد والقرض الجزائري، من أنه لا يجوز الاطلاع على حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة، أو من أحد ورثته، أو من أحد المصرح لهم، أو من النائب القانوني، أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي، أو حكم محكمين، وهي الحالات الاستثنائية التي يجوز للبنك أن يفشي سرية عميله عن حساباته وكافة المعلومات المتعلقة بالعمليات التي يجريها على تلك الحسابات[2]، وذلك كما بينا سابقا.

---

[1] المادة 117 في فقرتها الرابعة من قانون النقد والقرض الجزائري 03/01ص1327

[2]– غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 1703– أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص1327.

وفي غير هذه الأحوال يتحمل البنك المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للعميل نتيجة إفشاء أسراره، سواء كانت تلك الأضرار مادية أو أدبية، إلا إذا أثبت البنك أن العميل هو السبب في ذلك الإفشاء الذي أدى إلى إحداث الضرر.

ومسؤولية البنك هنا مسؤولية عقدية ما دام وأن الأضرار التي لحقت العميل من جراء إخلاله بالتزاماته قد وقعت أثناء قيام الرابطة العقدية بينهما أي أثناء سريان العقد، حتى ولو لم يكن هذا الالتزام قد ورد صراحة في العقد، وإنما ضمن نصوص القانون طالما أنه كان من مستلزماته، على اعتبار أن دخول العميل مع البنك في علاقة عقدية يقتضي بالضرورة أن يفضي الأول للثاني بمعلومات لها صفة السرية ما كان سيفضي بها إليه لولا وجود هذه العلاقة بينهما، وفي حالة غياب هذه العلاقة فلا تكون مسؤولية البنك عن الإفشاء عقدية، ولا طبقا لأحكام القانون التي اشترطت لالتزام البنك بالكتمان أن تكون قد ودعت لدى البنك في إطار علاقة عقدية تربطه بالعميل، وإنما ستكون تقصيرية ووفقا للقواعد العامة التي تقضي بمسؤولية كل من سبب ضرر للغير بتعويضه[1].

---

[1]– رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 96.

المبحث الثاني

العوامل المؤثرة على مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان

سبق وأن أشرنا إلى أن مسؤولية البنك في اعتماده لخدمات بطاقات الائتمان تتميز بخصوصية خاصة، نتيجة للطابع الفني والتقني الذي تتميز به، الوسائل التي تتم من خلالها تلك الخدمات، والتي رفعت درجة المخاطر والأضرار التي يمكن أن يتعرض لها المتعاملون معها، إلا أنه ونتيجة لعدم وجود تنظيم خاص ينظم تلك العمليات في التشريعات المقارنة بشكل دقيق، فإنه لم يكن من سبيل أمام الأطراف إلا أن ينظموا علاقاتهم في إطار اتفاقات يحددون فيها شروط واجبات كل طرف، غير أن الصفة المهنية واحتكار البنك لأنشطته وامتلاكه للأدوات والأنظمة الإلكترونية جعلته يستأثر بوضع الشروط التي تحقق مصالحه فقط، دون النظر إلى ما يمكن أن يترتب عن ذلك من أضرار للعميل، فوضعية العميل القانونية لا تسمح له بمناقشة شروط العقد، فهو إما أن يقبلها كما هي أو يرفضها.

لهذا تتفنن البنوك بوضع الشروط التي تعفيها من أية مسؤولية يمكن أن تقع عليها، تارة من خلال الزيادة في التزامات العميل، وتارة من خلال الحد من التزاماتها أو تحديد مسؤولياتها أو الإعفاء منها بشكل صريح، ولعل البنوك تجد في القواعد العامة للمسؤولية المدنية المرونة الكافية التي تستطيع أن تبرر الشروط التي تضعها والتي تعفي أو تخفف عن نفسها المسؤولية التي يمكن أن تترتب عليها.

لكن آثار هذه المرونة في نظام المسؤولية المدنية لا تصب دائما في مصلحة البنك، فقد أضحت حماية العميل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الشغل الشاغل لمختلف التشريعات، هذه الحماية التي قررتها التشريعات لا تسمح للبنك بالتهرب من مسؤوليته، بل على العكس من ذلك تكرسها وتشدد فيها، مراعاة للعميل المستهلك لخدمات البنك .

وبناءا على ذلك سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين: "المطلب الأول " نتناول فيه العوامل السلبية والتي يتمسك فيها البنك كوسائل لإعفاء نفسه من المسؤولية أو التخفيف منها أو الحد منها، أما "المطلب الثاني"، فسوف نتناول فيه العوامل الإيجابية القانونية لحماية حقوق العميل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

المطلب الأول

العوامل السلبية المؤثرة على مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان

يكون للعوامل السلبية تأثير كبير في الحد من مسؤولية البنك أو إعفائه منها، ولا شك أن ذلك لا يصب دائما في مصلحة العميل الذي قد يؤدي تذرع البنك بأحد تلك الأسباب، إلى عدم حصول العميل على حقه في التعويض، لذا فإننا سوف نتناول هذا المطلب في فرعين، نخصص الفرع الأول للوسائل القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية، ونخصص الفرع الثاني للأسباب الاتفاقية التي يعفى البنك بموجبها نفسه من المسؤولية .

الفرع الأول: الوسائل القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية وأثرها على بطاقات الائتمان.

وهذه الوسائل تتمثل في مجموعة من الأسباب التي نصت عليها القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني والتي يؤدي تحقق أحدهما إلى بتر علاقة السببية بين خطأ البنك والضرر الذي لحق العميل، وهذه الأسباب قد تكون ناتجة عن قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

أولاً/ القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

يذهب غالبية الفقه[1] إلى أن القوة القاهرة والحادث المفاجئ يعتبران مصطلحين لمعنى واحد، وأنه لا توجد تفرقة بينهما فيما يتعلق بإعفاء المدين من المسؤولية إذا توافرت شروطها.

ويقصد بهما كل حادث غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، ولا إرادة للمدين في إحداثه، يؤديان إلى بتر علاقة السببية التي تربط بين الخطأ أو الفعل والضرر إذا توافرت شروطهما.

وقد نصت أغلب التشريعات المقارنة على اعتبار القوة القاهرة والحادث الفجائي من أسباب إعفاء المدين من مسؤوليته إذا توافرت شروطها، ومن ذلك نص عليه المشرع الجزائري في المادة (127) من القانون المدني[2].

ولكي يعتبر الحادث قوة قاهرة أو حادثا فجائيا يؤدي إلى انعدام رابطة السببية، يجب أن تتوافر فيها ثلاثة شروط هي عدم إمكانية التوقع، وعدم إمكانية الدفع، وأن يكون الحادث خارجيا بالنسبة إلى المسؤول[3].

وأول هذه الشروط أن يكون الحادث غير ممكن التوقع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكون قوة قاهرة، أو حادثا فجائيا، ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعي عليه فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة أو مبصرا بالأمور، فإذا كان قياس الخطأ الذي ارتكبه الشخص ينظر إلى مسلك الرجل المعتاد، فإن المعيار الذي يقاس عليه خطأ البنك لنفي مسؤوليته عند التمسك بالقوة القاهرة، يتم وفقا

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 805.

[2]– تنص هذه المادة على أنه : "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة ... فإنه يكون غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

[3]– نصت هذه المادة على أنه : "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، ...كان غير ملوم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

لمعيار موضوعي لا يكتفي فيه بالشخص العادي، وإنما يتمثل في أن الحادث غير ممكن حتى من أشد الناس حرصا[1]، وبالتالي ينبغي الأخذ بالاعتبار أن البنك يعتبر شخصا مهنيا محترفا يمتلك من الإمكانات ما لا يمتلكه غيره من الأشخاص عند تقدير مدى إمكانية التوقع، فيتم التعامل معه وفقا لهذه الكيفية ومقارنته بأشد البنوك حرصا في حدود الظروف المألوفة[2].

وعدم التوقع في المسؤولية العقدية يكون وقت إبرام العقد، فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع وقت العقد كان هذا كافيا لاعتبار الحادث قوة قاهرة حتى لو أمكن توقعه بعد العقد وقبل التنفيذ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته[3].

كما يشترط في الحادث أن يكون مستحيل الدفع بأن يكون حصول الضرر محتما، ولا يكفي أن يكون البنك المسؤول هو الذي لا يستطيع تلافي نتائج الحادث، بل يجب أن يكون الحادث مما يستحيل على أي بنك، حتى لو كان أشد البنوك حرصا وفطنة، فالاستحالة هناك هي مطلقة لا نسبية.

وبالتالي لا مجال لوصف الحادث بأنه قوة قاهرة، أو حادثا فجائيا، طالما أن البنك يستطيع أن يتدارك نتائجه، حتى لو قام بأعمال تعد مرهقة بالنسبة له، ما دام وأنها تؤدي إلى الحيلولة دون وصول الحادث إلى حد الاستحالة المطلقة، فالمعيار هذا معيار موضوعي.

لهذا على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عند ادعاء البنك المسؤول بانتفاء مسؤوليته بوجود القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، التطورات التكنولوجية والتقنية في الأنظمة التي يستخدمها في تنفيذ التزاماته، ومدى قيامه باتخاذ كافة الاحتياطات لمنع تلافي وقوع الضرر.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 6، 8.

[2]- محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 216.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الصفحة نفسها، - عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 106.

وأخيرا يشترط في الحادث لكي يوصف بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أن يكون خارجيا بالنسبة للمدين، وهو في حالتنا هذه البنك، لا بد أن يكون منقطع الصلة به وليس نابعا من المسؤول المدعى عليه، وبذلك فلا يعد قوة قاهرة أو حادثا فجائيا يقطع علاقة السببية الحادثة الناجمة عن الأعمال التي مارسها البنك، في أثناء نشاطه اليومي، كعدم قيامه باتخاذ الاحتياطات الضرورية لتأمين حماية نظامه الإلكتروني، أو عدم صيانة أجهزته الصيانة الدورية، أو تأمين منشأته وحمايتها من مخاطر السيول والفيضانات، وغيرها من الأخطار الناتجة عن تقصير أو إهمال وعدم تحرز من قبله، ويترتب على توفر جميع الشروط السابقة أن يعفى المسؤول (البنك) من المسؤولية عن الأضرار التي تصيب العميل لانقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

غير أنه قد تتعرض الأنظمة الإلكترونية للبنك للعديد من المخاطر المدمرة التي تعرض بيانات حسابات العملاء للتلف، فقد تحدث نتيجة وجود عيب في تصميم البرنامج أو نتيجة اختراق الغير لأنظمة البنك عن بعد وإحداث أضرار جسيمة بحسابات العملاء أو الاستيلاء على أموالهم، وقد يحدث صعق كهربائي يدمر الأجهزة المخزنة للنظام، أو حدوث حرارة شديدة أو رطوبة تؤثر على الأنظمة الإلكترونية أو كحدوث تلف مفاجئ لأجهزة الكمبيوتر، وقد ينشب حريق بمبنى البنك يدمر الأجهزة بداخله إلى غير ذلك من المخاطر التي تتعرض لها الأنظمة الإلكترونية للبنك التي تحتوي جميع البيانات والمعلومات المتعلقة بعملائه، والتي قد تدمر ما تحتويه حساباتهم من بيانات عن الأموال المودعة لديه وحركة العمليات التي تثبت استعمال بطاقات الائتمان التي وما يترتب عليها.

مما يثير التساؤل حول مدى إمكانية تمسك البنك عند حدوث مثل هذه المخاطر بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ لنفي مسؤوليته؟.

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد أن نشير في البداية إلى أنه يتوجب على القاضي عند تقدير الحادث فيما إذا كان قوة قاهرة أو حادثا مفاجئا ينفي مسؤولية البنك أم لا، أن ينظر

إلى مدى توافر الشروط السابقة في الحادث المدعى به فإذا كانت متوافرة يقضي بانتفاء مسؤولية البنك، أما إذا انعدم أحدها فإن البنك يظل مسؤولا عن الأضرار التي تلحق العميل لانعدام وصف القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ في خطئه، والمعيار الذي يطبقه القاضي هنا هو معيار موضوعي لا شخصي، كما اسلفنا، لكن هل هذا الحل ينطبق على جميع حالات المسؤولية المدنية للبنك في بطاقات الائتمان؟.

يمكن القول إن البنك يستطيع التحلل من مسؤوليته بإثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، سواء كان خطؤه واجب الإثبات أو مفترضا، لكن الخلاف ثار في ظل التوجه الذي ينظر إلى مسؤولية البنك بأنها مسؤولية موضوعية قائمة على أساس نظرية تحمل المخاطر، فالبعض من أصحاب هذا التوجه يرى أن البنك يتحمل[1] التعويض عن كافة الأضرار التي تحدث لعميله، ولا يعفى من تلك المسؤولية حتى لو أثبت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، لأن الهدف من هذ النوع من المسؤولية هو تعويض الشخص المضرور دون تطلب إثبات خطأ البنك، فهذه النظرية تشدد من مسؤولية البنك وتجعله مسؤولا عن كافة الأضرار التي تصيب عميله على اعتبار أنه الطرف الأقوى في الرابطة العقدية، والسماح له بالتحلل من مسؤوليته بإثبات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ يؤدي إلى إهدار العلة التي قامت عليها تلك النظرية.

إلا أن هناك اتجاها آخر[2] يرى أن نظرية تحمل لمخاطر وإن كانت تهدف إلى التقليل من الحالات التي يمكن أن يتنصل فيها البنك من مسؤوليته إلى أقصى حد ممكن، إلا أنها لا تزال محكومة في إطار القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وبالتالي فإنه لا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته وفقا لهذه القواعد إذا أثبت أن الضرر الذي لحق عميله كان بسبب قوة

---

[1]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 211، حازم الصمادي، مرجع سابق، ص 130.

[2]– حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 203.

قاهرة أو حادث مفاجئ، لأن الأصل هو أن المسؤولية على أساس المخاطر تدرأ بالسبب الأجنبي، وهو القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ، أو خطا الغير، أو خطأ المضرور.

وهناك اتجاه يرى[1] أنه لا يجوز التوسع في السبب الأجنبي لدفع مسؤولية البنك التي تقوم على نظرية تحمل المخاطر، وإنما يجب أن ينحصر حلق البنك في نفي مسؤوليته على أساس القوة القاهرة، دون أن تمتد إلى الأسباب الأجنبية الأخرى، وذلك إذا توافرت شروط هذه القوة، فهي أمر نادر الحدوث في ظل البيئة الإلكترونية التي يعمل فيها البنك، لأن معظم أشكال الأعطال الإلكترونية تكون متوقعة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن إثبات عناصرها يتم وفقا لمعيار موضوعي، فالبنك مهما حاول أن يحور أدلة الإثبات لصالحه بما ينفي مسؤوليته لا يصل إلى حد أن يشكل العناصر المتكاملة للقوة القاهرة، فهي غالبا ما تكون أمرا خارجا عن إرادته وإرادة أي شخص آخر.

وهذا الرأي الأخير هو الذي نميل إليه من جانبنا، وبذلك فإن الأحداث السابقة قد تشكل قوة قاهرة أو حادث مفاجئ يستطيع البنك أن ينفي بها مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب عميله وذلك نتيجة استخدامه للنظام الإلكتروني، إذا توافرت فيها العناصر المكونة للقوة القاهرة، واستطاع البنك إثبات تلك العناصر بأي وسيلة من وسائل الإثبات.

ويلعب المعيار الموضوعي المستخدم في إثبات عناصر القوة القاهرة دورا كبيرا في تقليل الحالات التي يمكن للبنك التمسك بها، كالقوة القاهرة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار بمجموع العوامل المؤطرة لعمل البنك عموما، فاحتراف البنك وطبيعة العمليات التي يمارسها إلى جانب طبيعة تكوينه وخضوعه لرقابة عدة جهات والتنظيم المعمول به، بالإضافة إلى التطورات المتلاحقة في ميدان تكنولوجيا المعلومات وأساليب العمل البنكي التي أصبحت تتخذ طابعا عالميا، كل تلك العوامل من شأنها أن تؤثر في قرار القاضي حول اعتبار حادث ما قوة قاهرة أو حادثا مفاجئا أم لا، لأن الجهد المطلوب من البنك لبذل عنايته للوقاية من

---

[1]– شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني، مرجع سابق، ص 113.

مختلف الأخطر الناجمة عن الأنشطة التي يقوم بها، هو جهد شديد الحرص واليقظة، وليس مجرد عناية عادية، لأن البيئة التي يعمل فيها مليئة بالمخاطر تجعل بإمكانه توقعه وأخذ الاحتياطات اللازمة لدفعها، وبالتالي فيسال ذا قصر أو أهمل في الحفاظ على أموال العميل.

وبناءا على ذلك فلا يمكن اعتبار الأحداث السابقة وغيرها من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، إذا كانت نتيجة لأحد الظروف والعوامل المتوقعة الحدوث في العمل البنكي.

فمختلف أشكال الأعطال الإلكترونية سواء كانت ناتجة عن عوامل داخلية أو خارجية من الصعب وصفها بالقوة القاهرة، لأنها غالبا ما تكون نتيجة لإهمال البنك في إجراء الصيانة الدورية لأجهزته أو بسبب حريق أو عطب ناتج عن الطاقة الكهربائية التي تزود تلك الأجهزة، أو من الرطوبة أو الحرارة الشديدة، بالإضافة إلى أن نشوب الحريق في مبنى البنك بسبب صعق كهربائي، أدى لى تدمير أجهزة البنك لا يعد من قبيل القوة القاهرة، إذا كانت نتيجة لعدم اتخاذه كافة الوسائل اللازمة لتأمين شبكة الأسلاك الموصلة للمبنى وإجراء الصيانة الدورية لها، وإلى غير ذلك من العوامل المتوقعة الحدوث في ظل الوسائل التكنولوجية التي يستخدما البنك في أثناء ممارسته لأنشطته.

أما بخصوص التشريعات الحديثة فنجد أن القوة القاهرة والحادث المفاجئ يعدان سببا لإعفاء البنك من المسؤولية، فقد أعطت المادة (5L133-)[1] من قانون النقد والمالية الفرنسي للبنك الحق في إعفاء نفسه من المسؤولية في جميع الحالات إذا أثبت أن الضرر كان بسبب القوة القاهرة.

[1] – جاء في هذه المادة :

« La responsabilité prévue aux sections 2 à 9 du présent chapitre ne s'applique pas aux cas de force majeure… »

ثانيا/ خطأ الغير كسبب معف للبنك من المسؤولية تجاه العميل

سبق أن أشرنا إلى أن العلاقة بين أطراف بطاقات الائتمان تنشأ بموجب عقود يتم إبرامها بين العميل والبنك ينظم بموجبها المركز القانوني لكل واحد منهم، وتسمى هذه العلاقة بالعلاقة الداخلية المقصورة على أطراف العقد، والتي يصبح بموجبها المتعاقد دائنا أو مدينا، ولكن هناك علاقات خارجية تنشأها تلك العقود مع الغير، وهي علاقة الغير بالمركز القانوني للمتعاقدين والتي توجب على الكافة احترام تلك المراكز القانونية التي اكتسبها المتعاقدان من العقد، وذلك بعدم المساس بها أو الإضرار بها.

وقد أجمع الفقهاء[1] على أن ما عدا المضرور والمسؤول فهو من الغير إلا الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين، فلا يعتبرون من الغير، وهم التابعون والقصر وغيرهم ممن يوجب القانون الرقابة عليهم.

ولذلك يكون المقصود بالغير في عقود بطاقات الائتمان هو كل شخص لم يكن طرفا في العقد الذي يجمع البنك بالعميل لا بالأصالة ولا بالنيابة، وليس خلفا خاصا أو عاما أو تابعا لأحدهما ولا تربطه أية علاقة بأحدهم فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الذي يجمع بينهما.

ولا يشترط البعض[2] في الغير أن يكون معروفا فقد يكون شخصا مجهولا غير معروف بالنسبة لطرفي العقد[3].

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 824.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، نفس الصفحة.

[3]- إلا أن البعض من الفقهاء يشترط في الغير لكي يعفى المدين من المسؤولية أن يكون شخصا معروفا ومعينا، فإذا لم يكون هذا الغير معروفا فإنه لا يمكن الجزم بأنه أجنبي عن المدعى عليه وليس ممن يلزمه ضمانهم، وحجتهم في ذلك أن الغير الذي لم تعرف شخصيته ربما يكون تابعا للمدعي عليه، وبالتالي فن المدين المسؤول وفقا لهذا الرأي لا يعفى من المسؤولية بحجة وجود السبب الأجنبي إذا كان الخطأ صادرا من شخص غير معروف إلا إذا توافرت في خطئه شروط القوة القاهرة.

- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 444.

غير أن البنك قد يستعين في سبيل تنفيذه لالتزاماته بأشخاص معروفين ولكنهم أجانب عن العقد الذي يربطه بعميله، ولا تربطه بهم علاقة التابع بالمتبوع.

وإنما علاقات عقدية مستقلة عن العقود التي تربطه بعملائه يلتزمون بموجبها بتقديم بعض الخدمات للبنك والتي تساعده في تنفيذ التزاماته في مواجهة عملائه، ومن ذلك شركات الاتصالات السلكية واللاسلكية وشركات الكهرباء التي تزوده بالطاقة الكهربائية، ومزودي خدمات الانترنت، ومصممي برامج النظام الإلكتروني، وبنك وسيط إذا كانت هذه العمليات تتطلب تدخل أكثر من بنك، وكذلك الشركات التي تتولى توفير الحماية الأمنية للأنظمة الإلكترونية، فهؤلاء الأشخاص وغيرهم من الأشخاص الذين يستعين بهم البنك في تنفيذ التزامه لا يعتبر الخطأ الصادر من أحدهم صادرا من الغير- كما أوضحنا سابقا- وإنما يعتبر كأنه صادر من البنك نفسه، وبالتالي فإن البنك يسأل عن الأضرار التي تلحق العميل نتيجة خطئهم، ومسؤوليته هنا مسؤولية عقدية دون أن يكون له الحق في دفع مسؤولية بخطا الغير، لأن البنك شخص مهني محترف يلتزم بأن يختار من يستعين بهم بعناية ودقة كبيرة فإذا أخطأ في ذلك، فمن الطبيعي أن يتحمل نتائج خطئه عن الأضرار التي يتسببون فيها للغير، خصوصا أنهم يعملون لمصلحته بما يعود عليه بالنفع والفائدة، والقول بغير ذلك يجعل من السهل على البنوك التهرب من مسؤوليتها بإثبات خطا هؤلاء الأشخاص على أساس أنه خطأ صادر من الغير، الأمر الذي يحرم العميل من الحصول على التعويض عن الأضرار التي تلحقه دون أن يكون السبب في حدوثها وإنما كان نتيجة لخطأ البنك في اختيار مساعديه[1].

وعلى أية حال فإن الأضرار التي تلحق العميل نتيجة خطأ الغير تثير إشكاليات كبيرة خصوصا فيما يتعلق بأدوات استعمال بطاقة الائتمان، فأكثر الأضرار التي تلحقها تلك الأدوات تكون نتيجة استخدامها بطريقة غير مشروعة من قبل الغير، بتزوير البطاقة، أو

---

[1]- محمد بشير وحمد حامد، مرجع سابق،ص195.

سرقتها أو العثور عليها للدخول بواسطتها إلى حساب الحامل واستعمالها بطريقة غير مشروعة ، كما قد يتمثل خطأ الغير في اختراقه للنظام الإلكتروني للبنك، أو إرسال برنامج فيروس بهدف تدميره، أو الحصول على معلومات عن عملائه وحساباتهم، مما يلحق أضرارا بالغة بعملاء البنك، الذي يثير التساؤل حول مدى تأثير تلك الأخطاء على مسؤولية البنك؟.

للإجابة عن ذلك يرى البعض[1] أن خطأ الغير يعتبر معفيا لمسؤولية المدعى عليه، سواء في إطار المسؤولية الخطئية أو التقليدية أو المسؤولية التي تقوم على فكرة المخاطر أو تحمل التبعية، على أساس أن هذا النوع الأخير من المسؤولية وإن كان الهدف منها هو التخفيف من وطأة عبء الإثبات على المضرور الذي يكون من الصعب عليه في بعض الحالات إثبات خطأ المسؤول عن الضرر، إلا أنه لا يخرج هذا النوع من المسؤولية من إطار القواعد العامة التي تحكم المسؤولية المدنية عموما، والتي تعطي هذه القواعد للمدين بدفع مسؤولية عندما يتوفر السبب الأجنبي.

غير أن هناك رأي آخر يرى[2] أن فعل الغير لا يعتبر سببا معفيا من المسؤولية إذا ما كان أساس قيامها نظرية تحمل المخاطر، ففعل الغير لا يعتبر سببا معفيا إلا في إطار المسؤولية الخطئية[3]، فإذا ما استطاع المدعى في إطار هذا النوع الأخير من المسؤولية إثبات صدور خطأ من المدعى عليه تقوم بموجب تلك مسؤولية هذا الأخير، إلا أنه يستطيع نفي هذه المسؤولية إذا ما أثبت أن خطأ الغير هو السبب في إحداث الضرر، ولهذا فإن خطأ الغير في هذا الإطار يستوجب أن يكون خطأ بمعنى الانحراف عن السلوك المعتاد حتى يعفى الشخص من المسؤولية.

---

[1]– حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص 203، – حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، 2000م، ص 259.

[2]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 212 – شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مرجع سابق، ص 113.

[3]– يسأل الغير في هذا الصدد بناءا على قواعد المسؤولية التقصيرية على اعتبار أنه لم يكن طرفا في العقد الرابط بين البنك والعميل.

أما بالنسبة للتشريعات الحديثة فإن المشرع الفرنسي في قانون النقد والمالية لم يعتبر خطأ الغير سببا لإعفاء البنك من المسؤولية وإنما أعطى لهذا الأخير وفي جميع الحالات إعفاء نفسه من المسؤولية إذا كان الحادث يشكل قوة قاهرة – وفقا للمادة (L133-5) السابق الإشارة إليها – يستحيل على البنك دفعها أو توقعها، أما في غير ذلك فإنه يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للعميل.

وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي والتشريعات التي حذت حذوه، قد أسست مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان على أساس الخطأ في بعض الحالات، وعلى أساس الضرر في الحالات الأخرى – كما أوضحنا سابقا– إلا أنه يلاحظ أنها لم يعتبر خطأ الغير سببا معفيا للبنك في كل الحالات بما فيها الحالات التي تكون مسؤولية البنك فيها قائمة على الخطأ، وقد هدفت هذه التشريعات من هذا التوجه إلى توفير أكبر قدر من الحماية للعميل، خصوصا أن معظم الأضرار التي تلحق العميل نتيجة الدخول الغير المشروع لحسابه من قبل الغير باختراق ذلك الحساب وتزوير بطاقة الائتمان من قبل هذ الغير، وبذلك يعد هذا المسلك من المشرع الفرنسي خروجا من القواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تعفي المدعى عليه من المسؤولية إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ الغير

سبق وأن أوضحنا بأن العدالة تقتضي الموازنة بين مصالح جميع الأطراف في بطاقات الائتمان"البنك، الحامل والتاجر" وأن تحميل البنك لجميع الأضرار يؤدي إلى نتائج عكسية سيئة تؤثر على الاقتصاد القومي، حيث تعزف البنوك عن ممارسة الكثير من أنشطتها عندما تعلم بأنها دائما تكون مسؤولة عن أي خطأ حتى ولو لم يكن لها دور في إحداثه هذا من ناحية[1]، ومن ناحية أخرى فإن الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة في العمل البنكي أدى إلى زيادة المخاطر التي تسبب الأشخاص العاديين المتعاملين معها نتيجة لقلة خبرتهم بها وصعوبة إثبات الأخطاء التي تسببها لهم تلك الوسائل المتطورة، الأمر الذي

[1]– سليمان ضيف الله مطلق الزبن، مرجع سابق،ص330.

يجعل الاعتماد على القواعد العامة بشكل كامل خصوصا القواعد التي تعفي المسؤول من المسؤولية يؤدي إلى إهدار حق العميل في الحصول على تعويض في كثير من الحالات التي يكون مصدر الضرر فيها خطأ الغير، لسهولة تهرب البنك من مسؤوليته بإثبات خطأ الغير في معظم الحالات التي يصاب فيها العميل بضرر ، وبخاصة عندما يتعلق الأمر بقيود غير مشروعة تمت على حساب هذا الأخير بواسطة بطاقة الائتمان الخاصة به التي يستولي عليه الغير أو يقوم بتزويرها ليستخدمها في إجراء تحويلات غير مشروعة من حسابه.

لذا نرى بأن الرأي الأخير هو الأجدر بالتأييد حيث لا يجوز للبنك أن يتمسك بخطأ الغير في الحالات التي يكون أساس مسؤوليته نظرية تحمل المخاطر، وهي الحالات التي يدعي فيها العميل بوجود قيود غير مشروعة تمت على حسابه، فهذه الحالات هي الأكثر عرضة لمخاطر الأنظمة الإلكترونية، وبالتالي فإن من العدل أن يتحمل البنك نتائج تلك المخاطر باعتباره الأكثر خبرة ودراية بها والأقدر من الناحية الاقتصادية على تحملها، وكونه المستفيد الأكبر من الأنظمة الإلكترونية المتسببة في وقوع تلك المخاطر، والقول بغير ذلك يؤدي إلى عزوف العملاء من التعامل مع تلك العمليات والوسائل المستخدمة في تنفيذها، ليكتفوا عن أنفسهم مخاطر تلك الأنظمة التي قد يستعملها الغير للاستيلاء على أموال العملاء المودعة لدى البنك، حيث يكون من الصعب في كثيرة من الحالات ملاحقة الشخص مرتكب الخطأ، خصوصا عندما يكون مجهول الهوية، أو عندما يرتكب فعله من أماكن بعيدة تكلف العميل نفقات باهظة ومشقة كبيرة في الانتقال إلى مكان وجوده لمتابعته قضائيا، في حين أن تحمل البنك لتلك المخاطر التي يسببها الغير لا تؤثر عليه بشكل كبير، خاصة وأن نظام التأمين من المسؤولية قد يخفف من وطأة تلك الأضرار على البنك، بالإضافة إلى أن هذا الأخير – كما سبق وأن أوضحنا– يستطيع موجهتها بإضافة زيادة نسبة بسيطة في سعر العمولات التي يتقاضاها مقابل الخدمات التي يقدمها لعملائه.

كما أن تحمل البنك للأضرار التي يتسبب بها الغير في مثل هذه الحالات يؤدي إلى دفعه لاتخاذ المزيد من الإجراءات التي تكفل حماية نظام بطاقات الائتمان، باعتماده على آخر ما توصل إليه العلم والتكنولوجيا المتطورة في ذلك، والاستعانة بالخبرات اللازمة لمنع الغير من العبث بأنظمته وأجهزته الالكترونية.

أما في الحالات التي يكون أساس مسؤولية البنك مبناه الخطأ المفترض فإن ذلك لا يمنع البنك من التمسك بخطأ الغير لإعفائه من المسؤولية إذا توافرت في هذا الخطأ شروط القوة القاهرة، لأن في هذه الحالات يكون خطأ الغير قليل الحدوث مقارنة بالحالات السابقة، كما أن تهرب البنك من مسؤوليته بدعوى أن الضرر كان نتيجة لخطأ الغير لا يكون بالصعوبة التي يمكن تصورها في الحالات التي يكون محلها إجراء قيود غير مشروعة على حسابات العميل، لأن الأمر يتعلق بتنفيذ أو عدم تنفيذ الالتزام الرئيسي في العقد فيكون خطأ الغير في هذه الحالة في الغالب واضح، حيث يستطيع العميل نفيه إذا ادعى البنك بخطأ الغير في تلك الحالات لإعفاء نفسه من المسؤولية، هذا وقد يلعب المعيار الموضوعي المعتمد عليه لتقدير تدخل الغير في إطار العلاقة التي تجمع البنك بالعميل، باعتباره مشكلا للقوة القاهرة دور كبير في تقليل الحالات التي يدعي فيها البنك بخطأ الغير كسبب لإعفائه من المسؤولية، فهذا المعيار معيار موضوعي يتخذ من الشخص الحريص وجها للمقارنة مع السلوك الذي يتخذه البنك في مد توقعه للخطأ الصادر من الغير ومد إمكانية دفعه[1].

وبذلك نخلص إلى أن دفع البنك لمسؤوليته بالاعتماد على القوة القاهرة أو فعل الغير في الحالات التي يجوز له التمسك بذلك، لا يكون مجديا في كثير من الأحيان في ظل المعيار الموضوعي الذي يعتمد عليه لقياس مدى توافر ذلك السبب المعفي من المسؤولية من عدمه، ولكن تبقى الحالة الوحيدة المؤثرة في حدود مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان، هي خطأ المضرور وهذا ما سنتناوله في الفقرة التالية :

---

[1]– حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 1033.

ثالثا/ خطأ العميل المضرور سبب لإعفاء البنك من المسؤولية

إن الالتزامات المتقابلة التي تفرضها العقود الرابطة بين العميل والبنك بصدد بطاقات الائتمان، توجب على كل طرف أن يقوم بتنفيذ ما التزم به على أكمل وجه فإذا قصر أو أهمل تحمل المسؤولية عن الأضرار التي يخلفها ذلك التقصير أو الإهمال من طرفه، فليس من العدل أن يتحمل طرف الأضرار التي تصيب الآخر إذا كانت ناتجة عن خطأ أو تقصير الطرف المضرور.

ويقصد بدفع مسؤولية المدين العقدية في مواجهة الدائن، أن يتمسك الأول بسلوك الثاني مدعيا أنه هو الذي أدى إلى الإخلال بتنفيذ التزامه[1].

لهذا يعتبر الخطأ الصادر من العميل المضرور إذا كان هو السبب في إحداث الضرر الذي لحقه، سببا من أسباب إعفاء البنك من المسؤولية، بل يعتبر أبرز أسباب إعفاء هذا الأخير من المسؤولية[2].

وفي الواقع العملي يندر أن يكون سلوك الدائن العميل هو السبب الوحيد في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وإنما يكون هو – في كثير من الأحيان – مساهما أو معيقا لتنفيذ التزام المدين، أي إن فعل الدائن كان له أثر ودور في إخلاله بتنفيذ التزامه المستند لمسؤوليته العقدية، ما قبل نفسه ينسحب عل فعل المضرور في إطار المسؤولية التقصيرية.

وقد تناول المشرع االجزائري خطأ المضرور كسبب معفي من المسؤولية في المادة (127) من القانون المدني الجزائري[3].

[1]– المرجع نفسه، ص 1034.

[2]-Thierr Bonneau, op.cit, p280.

[3]– تنص هذه المادة على أنه : "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، فإنه يكون غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك.

والذي يفهم من هذه النصوص أن المضرور إذا اقترف خطأ فإن ذلك من شأنه أن يعفي خصمه من المسؤولية بمقدار الخطأ الذي ارتكبه المضرور، ما لم يوجد هنا اتفاق أو نص خاص يقضي بغير ذلك.

أما في إطار المسؤولية العقدية فلم يرد نص خاص يتناول خطأ المضرور صراحة كسبب معفي من المسؤولية جزئيا أو كليا، فالأمر متروك لأحكام المادة (123) من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه" في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين ان يمنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به."

إلا أن بعض الفقه[1] يرى – بحق– أن وجود النص الخاص أو عدم وجوده، لا يؤثر في اعتماد خطأ المتضرر كسبب معف من المسؤولية جزئيا أو كليا، سواء في إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية، فالأمر يتعلق بالمبادئ العامة المرتبطة بالصلة السببية بين الخطأ والضرر، فلا تقوم أصلا لانعدام الصلة السببية بين خطأ المدعي عليه وبين النتيجة الضارة، أما إذا كان خطأ المتضرر قد ساهم مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر، فالأمر يتعلق بتقدير الصلة السببية بين نتيجة تعدد الأسباب المساهمة في تحقيق الضرر.

والقول بأن خطأ العميل المضرور لا يعفي البنك المدين من المسؤولية – بقدر ما ساهم به في إحداث الضرر الذي لحقه– لعدم وجود نص يقضي بذلك في إطار المسؤولية العقدية، قول يخالف الحقيقة ولا يتفق مع العدالة، التي تقتضي تحقيق نوع من التوازن في العلاقة التي تجمع بين البنك والعميل، وعدم غض الطرف عن الأفعال التي تصدر عن هذا الأخير وتساهم بشكل فعال ومباشر في إحداث الضرر الذي وقع له، فهو قد يكون عميلا مهملا، وبالتالي فإنه لا بد أن يتحمل نتيجة إهماله وتقصيره، غير أنه يجب أن يؤخذ في

[1]– جابر محمد مشاقبة، مسؤولية البنك عن منح التسهيلات الائتمانية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية والسياسية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2008، ص 182.

الاعتبار عند تقدير الخطأ الصادر منه الظروف المحيطة بارتكابه للخطأ، وخبرته ومعرفته بالوسائل الحديثة والمتطورة التي يتعامل معها، ومركزة القانوني الضعيف الذي يتعامل مع مركز قانوني قوي لشخص مهني محترف لديه من الخبرة والدراية ما يجعله يتجنب بعض الأخطاء التي يرتكبها العميل المضرور.

ولا شك أن البنك إذا استطاع أن يتوقع بعض أخطاء العميل ولا يعمل على تلافي نتائجها، فإنه يعتبر مخطئا، ولا يستطيع أن يتمسك بخطأ المضرور ليعفي نفسه كلية من المسؤولية[1].

أما عن أثر خطأ العميل المضرور على مسؤولية البنك المدعى عليه، فيجب أن نفرق بين فرضين: الفرض الأول يؤدي ارتكابه للخطأ إلى إعفاء البنك من المسؤولية بصورة كاملة **أولاً** ، أما الفرض الثاني فهو أن كل خطأ يظل مستقلا عن الخطأ الآخر، والأصل هنا أن كلا من الخطأين يعد سببا متكافئا أو منتجا في إحداث الضرر، ولذا لا يتحمل البنك المدعى عليه كامل المسؤولية، بل توزع بينه وبين العميل المشارك في الضرر **ثانياً**.

1/ خطأ العميل هو السبب المباشر للضرر

إذا كنا قد أوضحنا فيما سبق : أن العدالة تقتضي أن لا يتحمل البنك الأضرار التي تكون نتيجة لخطأ –الحامل أو التاجر– المضرور، فإن هذا لا يعني أن البنك يعفي من المسؤولية عن أي خطأ يرتكبه العميل مهما كان تافها أو يسيرا، لأن ذلك يؤدي إلى حرمان العميل من التعويض في كثير من الأحيان، فهناك أخطاء يرتكبها العميل وتلحق به ضررا ومع ذلك لا بد أن يتحمل البنك نتائجها، لأن العميل عند ارتكابه مثل هذه الأفعال لا يكون مدركا لخطورتها ومن أنها قد تصيبه ببعض الأضرار، نظرا لقلة خبرته ومعرفته بمخاطر ومشكلات الوسائل التكنولوجية، وبخاصة عندما يكون تعامله بأدوات إلكترونية تتم عن بعد، لكن هذا لا يعني أن بغض الطرف عن بعض الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها العميل والتي

[1]– محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 274.

تكون السبب المباشر في إحداث الضرر، حتى لو ادعى جهله وعدم معرفته بأن مثل تلك الأفعال التي ارتكبها تشكل خطأ يلحق به ضررا، فقد يحدث أن يكون لأحد الأفعال التي يرتكبها العميل الدور الرئيسي والمباشر في وقوع الضرر، لخروجه عن المألوف وفقا للقواعد القانونية والعقدية في أثناء تعامله مع الأنظمة الإلكترونية المستخدمة في تنفيذ عمليات بطاقات الائتمان.

وأهم ما يشترط في الأخطاء التي يرتكبها العميل لكي يعفى البنك من المسؤولية أن تكون هذه الأخطاء ذات شأن في إحداث الضرر، وأن يستغرق خطأ البنك في إحداث الضرر، ولا يستغرق الفعل الصادر عن العميل خطأ البنك إلا إذا كان أشد منه جسامة[1].

والخطأ الصادر من العميل الذي يستغرق خطأ البنك ويعفيه من المسؤولية، لا يخرج عن كونه إما أن يكون سببا لحصول خطأ البنك، أو أن يكون خطأ عمديا.

أ- خطأ البنك نتيجة لخطأ العميل.

تتجلى هذه الحالة عندما يكون كل من البنك والعميل المضرور قد ارتكبا خطأ وساهم خطأ كل واحد منهما في إحداث الضرر الذي لحق هذا الأخير، لكن الخطأ الذي ارتكبه البنك كان نتيجة لخطأ العميل وبسببه، بحيث يمكن القول : إنه لولا خطأ العميل لما ارتكب البنك الخطأ الذي ساهم في إحداث الضرر بالعميل، وفي هذه الحالة يتحمل العميل كامل المسؤولية حيث يستغرق خطؤه البنك، وبالتالي يعفي هذا الأخير من المسؤولية بصفة كلية، لانعدام رابطة السببية.[2]

ومن المعلوم أن خطأ العميل في إطار العلاقة العقدية التي تربطه بالبنك في بطاقات الائتمان، يتمثل إما في أن يؤدي عدم تنفيذ البنك لأحد التزاماته كليا أو جزئيا، أو تنفيذ هذه الالتزامات بشكل معيب، أو التأخير في تنفيذها، أما معيار هذا الخطأ فإنه يتحدد وفقا

[1]- محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 226.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 815.

لطبيعة هذا الالتزام ، فيما إذا كان التزامه التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، فإذا ما كان التزامه هو بذل عناية فإن خطأ العميل يؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية إذا كان الخطأ أدى إلى عدم قيام البنك ببذل العناية المعتادة في تحقيق التزامه وفقا لمعيار الشخص المعتاد، أما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فإنه ينبغي أن يؤدي خطأ العميل إلى استحالة تنفيذ التزامه مطلق، أو يجعل تنفيذه أكثر إرهاقا[1].

كما أن عدم تنفيذ البنك لأمر الدفع بسبب عدم قيام العميل بموافاته ببعض البيانات الجوهرية والأساسية التي قد تؤثر في تنفيذ التزامه رغم إخطاره بذلك، وفقا للشكل المطلوب، لا يجعل البنك يتحمل المسؤولية إذا لحق بالعميل أي ضرر، لأن خطأ البنك المتمثل بعدم تنفيذ أمر الدفع قد نتج عن خطأ العميل بعدم الاستجابة لطلب البنك، وبالتالي فإن خطأ العميل في هذه الحالة يستغرق خطأ البنك، كون خطأ الثاني كان نتيجة لخطأ الأول.

غير أنه قد يهمل الحامل مثلا في الحفاظ على البطاقة الخاصة به بشكل يؤدي إلى فقدانها أو سرقتها من قبل الغير واستعمالها من قبل هذا الغير بطريقة غير مشروعة على حساب الحامل، أو لا يلتزم التاجر برفض التعامل بالبطاقة التي تلقى في شأنها إخطارا بالتوقف عن العمل بها فهذا الخطأ من جانب العميل يؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية عن قيامه بتنفيذ العمليات التي تمت بعد سرقة البطاقة أو فقدانها بالنسبة للحامل أو التي تمت الإخطار بشأنها من أجل التوقف عن العمل بها، طالما أن الحامل لم يقم بالإبلاغ عن ذلك الفقد أو السرقة في الوقت المناسب، والتاجرل م يتوقف عن قبول البطاقة، فلولا هذا الخطأ الذي ارتكبه العميل ما وقع خطأ البنك، فكان خطأه سببا لخطأ البنك لاستغراقه له.

ويشترط المشرع الفرنسي في هذه الحالة حتى يمكن القول : أن خطأ الحامل يستغرق خطأ البنك أن يتصف بقدر من الجسامة، حيث جاء في الفقرة الرابعة من المادة L133-19 من قانون النقد والمالية الفرنسي أن الحامل لا يتحمل الخسائر الناجمة عن استخدام البطاقة،

---

[1] -حازم الصمادي، المرجع السابق، ص 1036.

إلا إذا كان هناك إهمال جسيم في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه، وهذا يعني أن خطأ الحامل أو إهماله الذي لا يتخذ صفة الجسامة لا يعتبر سببا لإعفاء البنك من المسؤولية، لأنه لا يستغرق خطأ البنك.

ب- تعمد العميل ارتكاب الخطأ .

الفرض في هذه الحالة أن يتعمد العميل ارتكاب الخطأ الذي يلحق به الضرر، بهدف تحميل البنك المسؤولية عن تلك الأضرار، حيث يستغل خطأ البنك البسيط لإتمام قصده، ففي هذه الحالة يستغرق خطأ العميل خطأ البنك ويتحمل كافة المسؤولية حتى لو ساهم هذا الأخير في إحداث الضرر الذي لحق العميل، فاشتراك الخطأ العمدي والغير العمدي في إحداث الضرر يؤدي إلى الأخذ بالخطأ العمدي كسبب وحيد للضرر تسقط به رابطة السببية التي تربط الخطأ غير العميد بالضرر، بحيث يصبح مرتكب الخطأ العمدي هو المسؤول عن النتائج الضارة كافة التي ألحقها خطؤه عمدي[1].

ومن أبرز الأمثلة على هذه الحالة تعمد الحامل إبلاغ البنك بفقده البطاقة أو سرقتها، بينما يقوم بعد الإبلاغ مباشرة وقبل قيام البنك باتخاذ الإجراءات اللازمة لإيقاف العمل بالبطاقة باستعمال البطاقة، ويهدف من ذلك الى الحصول على قيمة استعمال البطاقة مرتين، مرة بطريقة غير مشروعة، مدعيا أن من عثر على البطاقة أو سرقها هو من قام بذلك، ومرة من خلال مطالبة البنك بتعويضه عن استعمال البطاقة من طرف الشخص الذي استولى عليه على أساس أن البنك أخطأ عندما نفذ أمر الدفع بناءا على بطاقة تم التبليغ عن فقدانها أو سرقتها، على الرغم من أن تلك البطاقة لا زالت في حوزته، وهو من قام باستعمالها، كما قد يتحايل على البنك بالتواطؤ مع الغير بعد إبلاغ البنك بفقدان البطاقة أو سرقتها، ويسلمها له هي ورقمها السري لاستعمالها بطريقة غير مشروعة من حسابه بهدف تحميل البنك مسؤولية تلك الأضرار.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 813.

فهذه الأفعال الاحتيالية التدليسية وغيرها من الأفعال العمدية التي يرتكبها العميل تؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية عن الخطأ الذي ارتكبه في تنفيذ أوامر الدفع غير المشروعة، لأن خطأه لا يمثل سوى ظرف استغله العميل لتحقيق هدفه في الحصول على تعويض بطريقة غير مشروعة، إلا أنه يبقى على البنك لكي يدفع عن نفسه المسؤولية، ويستغرق خطأ العميل خطأه أن يقيم الدليل على مثل تلك الأفعال بأية وسيلة من وسائل الإثبات الممكنة، لأن الأمر يتعلق بإثبات وقائع مادية في الغالب.

وقد نص المشرع الفرنسي في العديد من المواد في قانون النقد والمالية، على إعفاء البنك من المسؤولية في الحالات التي يثبت فيها استخدام العميل لوسائل احتيالية لإيقاع الضرر [1]

2/ اشتراك البنك والعميل في الخطأ.

تتحقق هذه الحالة عندما يحدث الضرر الذي لحق العميل نتيجة اشتراك خطئه وخطأ البنك معا، دون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، ولكن ما هو المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه لتحديد دور كل خطأ في إحداث الضرر لتحديد المسؤولية؟.

للإجابة عن هذا التساؤل ظهرت نظريتان الأولى نظرية تعادل الأسباب ومضمون هذه النظرية هو أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر – مهما كان بعيدا– وأن الأسباب في مجموعها متكافئة ولا يمكن إجراء أي تفرقة بينها بحسب أهميتها أو خطورتها في إحداث

---

[1]– جاء في بعض مواد هذا القانون :

Art. L133-19/ III « Sauf agissement frauduleux de sa part, le payeur ne supporte aucune conséquence financiére si le prestataire de services de paiement ne fournit pas de moyens appropriées permettant l'information aux fins de blocage de l'instrument de paiement prévue à l'article L.133-17 »

- Art. L133-19/ IV. « Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement… »

الضرر، وإذا ما قمنا بإلغاء أي سبب فإن النتيجة لا تحدث، ولذلك فإن علاقة السببية متوافرة بين الضرر وبين مجموعة الأسباب التي أدت إليه، والثانية نظرية السبب المنتج ومضمون هذه النظرية هو أنها تقسم الأسباب التي أحدثت الضرر إلى نوعين أسباب منتجة، وأسباب عارضه، وتعتد بالسبب المنتج دون العارض، والسبب المنتج الذي يؤدي – عادة وحسب المألوف– إلى إحداث الضرر، أما السبب العارض الذي لا تناط به المسؤولية فهو ذلك السبب غير المألوف الذي لا يحدث به الضرر عادة ولكنه أحدثه عرضا ولذلك فلا يؤبه له[1].

وإذا كانت نظرية تعادل الأسباب تنظر إلى الأسباب المحدثة للضرر بنظرة متساوية دون التفرقة بين خطورتها وأهميتها، فإن تطبيقها على الخطأ الصادر من البنك، بحيث يتحمل كلاهما بشكل متساو المسؤولية عن الأضرار، وهذا لا يحقق العدالة في شيء فقد لا يكون الخطأ الصادر عن العميل بنفس درجة خطأ البنك من حيث الجسامة، فقد يكون له دور سلبي في إحداث الضرر، ومع ذلك نتعامل معه بصورة متساوية مع خطأ البنك، الأمر الذي يؤدي إلى تحمل العميل المسؤولية بالتساوي مع خطأ البنك حتى لو كان تافها أو غير جسيم.

ولعل المنطق يدعو إلى القول : إن نظرية السبب المنتج هي الأكثر تحقيقا للعدالة، حيث إنها لا تتعامل مع جميع الأسباب المحدثة للضرر بنفس الطريقة، وإنما تميز بين السبب المنتج والسبب العارض، وتعتبر أن الأسباب المنتجة هي التي عادة ما تحدث الضرر أو تنطوي على احتمال وقوعه وفقا للمألوف، وبالتالي فهذه الأسباب هي التي يجب الوقوف عندها والاعتماد بها في تحديد نسبة كل خطأ في إحداث الضرر، دون الالتفات إلى الأسباب العارضة التي لم تساهم في إحداث الضرر إلا نتيجة لاقترانها – مصادفة– بالأسباب المنتجة.

---

[1]–عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 829 .

ويلاحظ أن الجزائري، لم يأخذا بهذه النظرية أو تلك بشكل صريح في إطار تنظيمها للمسؤولية العقدية، وإن كانا قد أخذا بنظرية السبب المنتج بشكل ضمني في المادة (182) من القانون المدني الجزائري، ، حيث أجازت للقاضي إذا لم يتفق على تحديد التعويض في العقد أو بناءا على نص في القانون، أن يحدد مقداره، وذلك على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به.

وبذلك يمكن القول إن عبارة : "أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به..." وإن كانت تعني في الأصل وجوب أن يكون الضرر مباشرا في حالة ما إذا كان السبب واحدا والأضرار متسلسلة، فإنها تشير بطريقة ضمنية إلى وجوب أن يكون السبب منتجا.

وتطبيقا لهذه النظرية فإنه إذا صدر خطأ من العميل وخطأ من البنك، ولم يصل أي من الخطأين إلى درجة الجسامة التي يستغرق فيها خطأ أحدهما لخطأ الآخر، فإن كلاهما يعتبر مألوفا في إحداث الضرر، وبالتالي يكون سببا منتجا لإحداث الضرر يرتب مسؤولية صاحبه، الأمر الذي يجعلنا أمام خطأ مشترك يرتب توزيع المسؤولية بين كلا الطرفين حسب نسبة خطئه في إحداث الضرر ويعف البنك من الباقي.

والتساؤل الذي يثور في هذا الصدد هو ما المعيار الذي يجب الاعتماد عليه في توزيع المسؤولية وتخفيض التعويض؟

للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن المشرع الجزائري قد نظم الحالات التي يتعدد فيها المسؤولون عن إحداث الضرر، كما وضع المعايير التي تحدد كيفية توزيع المسؤولية بينهم، فمن خلال الاطلاع على المادة (127)[1] من القانون المدني الجزائري نجد أنه حدد طريقتين

---

[1]– تنص هذه المادة على أنه : "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

لكيفية توزيع المسؤولية، الأولى أن يقوم القاضي بتوزيع المسؤولية حسب نسبة مساهمة كل مسؤول في إحداث الضرر، وذلك يشمل بطبيعة الحال المضرور إذا ساهم بدوره في إحداثه، وهذه هي الطريق الطبيعي، غير أنه إذا لم يستطع أن يحدد نسبة خطأ كل منهم فإنه يلجأ إلى الطريق الأخرى وهي توزيع المسؤولية على عدد الرؤوس، أي بالتساوي بينهم بما فيهم المضرور، إذا كان قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر.

وقد أفرد القانون المدني الجزائري للخطأ المشترك نصا خاصا، فنص في المادة (177) على أنه " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

وبذلك يكون هذا النص قد أشار إلى جميع الحالات التي يشترك فيها العميل المضرور بخطئه، حيث يجوز للقاضي أن لا يحكم على البنك بأي تعويض إذا كان خطأ العميل قد استغرق خطأه، كما يجوز له أن يحكم بالتعويض كاملا إذا كان خطأ البنك قد استغرق خطأ العميل.

كما أن هذا النص يعطي للقاضي إمكانية توزيع المسؤولية بالتساوي بين العميل والبنك إذا لم يستغرق خطأ أي منهم خطأ الآخر، أو بناء على نسبة خطأ كل منهما إذا كان الخطآن غير متكافئين حسب جسامة الخطأ المنتج في إحداث الضرر.

وهذه القواعد وإن كانت قد وردت في إطار المسؤولية التقصيرية فإنها تعتبر أحكاما عامة قابلة للتطبيق على جميع أنواع المسؤولية، كونها تكرس المبادئ العامة التي تراعي تعدد الأسباب المنتجة للضرر، فكل طرف يجب أن يتحمل النتائج الضارة بالنسبة التي أسهم فيها بخطئه.

ومما يتقدم يتضح لنا أن خطأ العميل المضرور من أهم الأسباب التي تساهم في إعفاء البنك من المسؤولية في بطاقات الائتمان – جزئيا أو كليا– حسب جسامة وتأثير

خطئه في إحداث الضرر، إلا أن البنك مع ذلك لا يكتفي بتلك الأسباب القانونية التي أوضحناها فيما تقدم لإعفاء نفسه من المسؤولية، وإنما يسعى دائما إلى تحصين نفسه بكل السبل، حتى لو كان ذلك على حساب مصالح عملائه، لهذا نجد أن البنوك تضمن أغلب العقود التي تبرمها مع عملائه شروطا تحدد مسؤوليتها وهذا ما سنتناوله في الفرع التالي، لمعرفة المشكلات التي تثيرها هذه الشروط، ومدى تأثيرها على الحماية المطلوب توفيرها للعملاء من مخاطر استعمال بطاقات الائتمان.

الفرع الثاني: اتفاقات إعفاء البنك من المسؤولية المدنية.

بمجرد قيام الالتزام المدني صحيحا مستوفيا لكافة شروط القانونية، يلتزم طرفاه بتنفيذه، فإذا أخل أحدهما بما جاء في هذا الالتزام قامت في مواجهته المسؤولية المدنية تجاه الطرف الآخر، والتزم بجبر الضرر الذي لحق المضرور نتيجة تقاعسه أو إهماله في تنفيذ ما التزم به، ولا يستطيع أن يتخلص المدين من المسؤولية إلا بإحدى وسيلتين

الوسيلة الأولى: بإثبات السبب الأجنبي وفقا لما عرضنا له فيما سبق.

الوسيلة الثانية: الاتفاق مع الضحية المحتملة على تحمله الأضرار التي قد تصيبه، وهذا هو الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية، الذي سنتناوله في هذا الفرع، وبما أن العميل هو غالبا الضحية المحتملة في العلاقة العقدية التي تربطه بالبنك، فإن هذا الأخير يستغل مركزه القانوني والاقتصادي القوي في فرض شروطه عليه بتعديل أحكام مسؤوليته.

وتتعدد صور اتفاقات تعديل المسؤولية، إما بتخفيضها مع بقائها على عاتق المدين، فيتضاءل أثرها قبله ولا يلتزم تبعا لهذا إلا بدفع تعويض جزئي، وإما بتحديد المسؤولية بحيث يقدر أثرها جزافا بمبلغ معين، فيترتب على تقديره تشديد المسؤولية إذا أصاب الدائن ضرر أقل منه أو بتخفيضها إذا أصابه ضرر أكبر منه، ويطلق الفقه على هذا النوع الشرط الجزائي، وإما أن يتخذ الاتفاق شرط الإعفاء من المسؤولية، وهذا النوع الأخير هو الذي

غالبا ما تضمنه البنوك في عقودها مع عملائها[1]، ولهذا سنقتصر في دراستنا عليه، ويقصد به رفع المسؤولية كليا عن مرتكب الفعل الضار، ومنع المطالبة بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة[2].

وإيراد مثل هذه الشروط في العقد لا يؤدي إلى إعفاء المدين من التزامه أو تخفيفه عنه، فيظل المدين رغم وجودها مثقلا بهذا الالتزام، ويجب عليه الوفاء به وينحصر أثر الاتفاق في أن المدين إذا لم ينفذ التزامه لا يلتزم بتعويض هذا الدائن عن الضرر الذي لحقه نتيجة عدم تنفيذه، وها يثار التساؤل التالي : ما مدى صحة هذه الشروط التي تدرجها البنوك في العقود التي تربطها بعملائها؟.

لقد اختلف الفقه حول مدى صحة هذه الشروط بشكل عام، فهناك اتجاه فقهي[3] يرفض الاعتراف بصحتها، ويبرر ذلك بأن هذه الشروط تؤدي إلى التعدي على نظم الحياة القانونية في عنصر من عناصرها الرئيسية، إذ إنها تجيز للدائن أن يتخلص من المسؤولية التي تنشأ عن إخلاله بالتزامه العقدي، فيسقط حق الدائن في التعويض عن إخلال المدين بالتزامه، ويغدو المدين ملتزما ولكنه في الوقت نفسه غير مسؤول أمام الدائن عن عدم الوفاء بالتزامه، وهذا ما يتنافى مع فكرة الالتزام المدني التي بمقتضاها إما أن يكون الشخص ملتزما

---

[1]– وتنص المادة (5/4) من أحكام وشروط بنك كريدي أجريكول مصر على أنه يعتبر العميل مسؤولا عن كافة العمليات المنفذة باستخدام الخدمة وعن سداد أية مستحقات لصالح البنك ناتجة عن هذا الاستخدام.

كما تنص المادة (4/7) من شروط وأحكام بنك كريدي أجيركول مصر على أن البنك غير مسؤول عن أي تعامل غير مسموح به من قبل طرف ثالث

كما ينص البند (6) من شروط وأحكام خدمة الأهلي نت للبنك الأهلي المصري على أنه "...يكون العميل مسؤولا عن جميع العمليات التي يتم تنفيذها باستخدام وسائل التعريف الخاصة به، ومسؤولا عن أي تغيير أو انتقال أي من تلك الوسائل إلى الغير

[2]– سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 663.

[3]– حمد الله محمد عبد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997م، ص 102.

فيمكن جبره على الوفاء – عينا أو بمقابل– بما التزم به، وإما أن يكون غير ملتزم فلا تتعلق بذمته المالية مسؤولية ما.

كما يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى مخالفتها للنظام العام، فهي تهدم فكرة المسؤولية العقدية، وذلك أن هذه الأخيرة نظام قانوني محدد تشريعيا، حدد لها المشرع جزاءا وهو التعويض.

إلا أن غالبية الفقه الحديث[1] يدافع عن حق المتعاقدين في تضمين عقودهم شروط الإعفاء من المسؤولية، على اعتبار أنها لا تتنافى بشكل نهائي مع الغاية من التعاقد – كما يرى أصحاب هذا التوجه السابق– بل أنها تستند في أساسها إلى حرية التعاقد، فالتزامات الطرفين منشؤها العقد، وبالتالي يجوز لهما استبعادها واستبدال التزامات أخرى بها أو التخفيف منها، لأن العقد شريعة المتعاقدين، بالإضافة إلى أن هذا التوجه يرى أن هذه الشروط ليس فيها أية مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كما يزعم أصحاب التوجه السابق، ما دام لا تنطوي على غش أو خطأ جسيم، بل إنها قد تعود بالنفع والفائدة على المتعاقدين، فالدائن عندما يقبل هذه الشروط لا يعني ذلك أنه أسدى معروفا إلى المدين، وإنما غرضه الأساسي هو الحصول على كسب معين هو تخفيض الأجرة أو العمولة، والمدين بدوره لا يقبل أن تخفض الأجرة أو العمولة إلا – إذا حصل – من وراء ذلك على فائدة لنفسه، هي الاتفاق على شرط الإعفاء من المسؤولية، فيوجد إذن توازن بين مصلحتي كل من المتعاقدين.

وهذا التوجه يتماشى مع ما استقر عليه المشرع الجزائري من جواز شروط الإعفاء من المسؤولية، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (178) من القانون المدني تنص على

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 585.

Philippe Neau-Leduc, op.cit, p107.

"كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم...."

وهناك رأي يرى[1] أن هذه الشروط – والتي تتضمنها العقود الرابطة بين البنك وعملائه – تكون صحيحة وقانونية ولكنها لا تسري في حق العميل إلا في حالة أخطاء البنك البسيطة واليسيرة، أما إذا ارتكب البنك خطأ جسيما فإن هذه الشروط لا تسري في حق العميل ويظل مسؤولا في مواجهته رغم وجود شروط تعفي هذا الأخير من المسؤولية.

لكن في ظل عدم وجود نصوص خاصة تنظم هذه المسألة في إطار العمليات البنكية الإلكترونية، فإنه يمكن الاستعانة بالقواعد الخاصة بحماية المستهلك والتي نظمتها قوانين حماية المستهلك، باعتبار أن عملاء البنوك مستهلكين لخدماتها يلزم حمايتهم وذلك استنادا إلى نص المادة 3 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في تعريفه للمستهلك على أنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"، في حين أنه عرف المتدخل على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"[2].

وبتطبيق نص هذه المادة على أطراف عقد الانضمام نجد أن حامل البطاقة يعد في مركز المستهلك للخدمة المصرفية المتمثلة في استعمال البطاقة، في حين أن مصدرها يكون هو المتدخل،ونفس الأمر عند إسقاط نص المادة السابق على العلاقة بين التاجر والبنك فيكون البنك هو المتدخل وفقا لهذا القانون ويكون التاجر عبارة عن مستهلك لخدمة إمكانية قبول بطاقة الائتمان التي يصدرها البنك، و بالتالي يستفيد الحامل من حقوق وتعويضات معينة

---

[1]Theirry Bonneau, op.cit, p280.

[2]– القانون 03/09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 ، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش(الجريدة الرسميةرقم 15 المؤرخة في 2009/03/08).

المنصوص عليها في هذا القانون بشأن حماية المستهلك، وعليه وجوب سمو أحكام هذا القانون على أحكام عقود البنك في بطاقات الائتمان[1]– عقد الحامل وعقد التاجر– التي تتضمن بين ثناياها بنود تعسفية و مجحفة في حق المتعاقد مع البنك).

وقد أبطل قانون حماية المستهلك الجزائري كل شرط تعسفي يدرجه البنك في العقد الذي يربطه بالمستهلك من شأنه أن يخفف من التزاماته أو يعفيه كما سنرى ذلك في المطلب التالي.

المطلب الثاني

العوامل الإيجابية المؤثرة في مسؤولية البنك.

إذا كانت القاعدة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، أي قانونهما الذي يلزمهما معا، فيحتكمان إليه، ويخضعان لقواعده على قدم المساواة، دون أن تكون ثمة تفرقة أو محاباة لأحدهما على حساب الآخر، فإن هناك اعتبارات اقتصادية واجتماعية أفرزتها التطورات الحديثة في مضمار الصناعة والتقدم التكنولوجي والمعلوماتي، دفعت المشرع والقضاء إلى عدم التقيد بهذه المساواة القانونية، كونها لا تستند إلى مساواة فعلية بين الأشخاص، ومن ثم تزايد التداخل التشريعي والقضائي لمناصرة أحد المتعاقدين بوصفه طرفا ضعيفا في الرابطة العقدية.

والعميل في استعمال بطاقات الائتمان باعتباره طرفا ضعيفا في مواجهة طرف قوي يمتمتع بقدرة اقتصادية وفنية وقانونية قوية تجعل من الواجب حمايته من تعسف هذا الأخير، حتى لا يفرض عليه شروطه التي تحقق مصالحه على حساب عميله الطرف الضعيف، لذا فإن البحث في حماية العميل تقتضي في البداية التطرق للأسباب التي تستدعي التدخل القانوني لحمايته، **فرع أول**، ثم بيان الوسائل القانونية التي وضعها المشرع لحمايته من البنك

[1]– MICHELLE. Lalancette "Le cadre juridique du paiement par carte de credit et les moyens de défense du titulaire." Revue générale de droit cumyn, Volume 35, 2005, p48.

الطرف القوي **فرع ثان**، وهذه الوسائل تعد بمثابة العوامل التي تؤثر على مسؤولية البنك تجاه عملائه، وذلك بتشديد هذه المسؤولية من خلال البحث عن الوسائل القانونية لحمايته من الشروط التي وضعها البنك لتجنب مسؤوليته أو تخفيفها.

الفرع الأول: مبررات التدخل لحماية العميل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

تتعدد وتتنوع الاعتبارات والأسباب التي تقود المشرع إلى التدخل لحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، ففي نطاق علاقة البنك بعميله في بطاقات الائتمان يتبين تفاوت الخبرة والدراية بين كل من البنك والعميل حول طبيعة وخصائص أنظمة وآلات قبول بطاقات الائتمان التي يتعامل معها الأخير ، وقد استغل البنك هذا التفاوت المعرفي إلى أدراج شروط مجحفة بحق العميل التي يقبلها ويرتضيها دون أن يكون له حق مناقشتها.

أولا/ انعدام المساواة في الخبرة والمعرفة بين البنك والعميل

لقد أدى التطور الصناعي والاقتصادي والتكنولوجي إلى ظهور العديد من الأجهزة والآلات الحديثة، ومنها الأجهزة المستعملة في قبول بطاقات الائتمان ، وحتى التطور المتعلق بالبطاقات نفسها ، التي يجهل العميل الكثير من دقائق أسرارها والإحاطة بطريقة استعمالها وكيفية تفادي أخطارها وأضرارها، ويعلمها البنك المهني صاحب الخبرة، ليتقدم وفق مميزات العلم والمعرفة الفنية على العميل عديم الخبرة أو قليلها، الذي يقبل على التعاقد معه دون دراية بأوصاف تلك الأنظمة والأدوات الإلكترونية وخصائصها.

ولقد كان من شأن ذلك كله أن جعلها بين طرفين متفاوتين من حيث مستوى العلم والدراية بشأن ما سوف يتعاملون عليه من أدوات وأنظمة إلكترونية، الطرف الأول هو الطرف القوي – البنك – في العقد الذي تتوافر لديه مقومات العلم والدراية بكل ما يتصل بالعقد المزمع إبرامه من معلومات مهمة وضرورية، مع الطرف الثاني وهو الطرف الضعيف

– العميل– الذي لا يملك وسائل العلم الكافي للتعرف على ماهية وخصوصية الأدوات والأنظمة التي سوف يتعامل معها[1].

وبذلك فإن انعدام المساواة بين الطرفين البنك والعميل، لا يقتصر على الناحية الاقتصادية، وإنما يتخذ صورة عدم المساواة في الخبرة والمعرفة، الأمر الذي أدى إلى الخضوع الطرف قليل الخبرة والدراية في العلاقة العقدية للطرف القوي ذي المعرفة الواسعة وهو البنك، فيقبل إبرام العقد وهو جاهل إلى حد كبير بالجوانب المهمة المتصلة به، والتي لو كان علم بها قبل التعاقد لكان له مواقف أخرى[2]، وبالتالي وجد تزايد في درجة التفاوت في المعرفة بين البنوك وعملائها.

فالبنك باعتباره شخصا مهنيا يمتلك من الإمكانات والخبرات والوسائل ما يمكنه من معرفة كافة البيانات والمعلومات حول أدوات وأنظمة استعمال بطاقات الائتمان، الأمر الذي يفترض معرفة تفاصيل جميع المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، الجوهري منها والغير الجوهري.

أما بالنسبة للعميل فإنه يستحيل عليه معرفة كافة المعلومات والبيانات حول أدوات وأنظمة استعمال بطاقات الائتمان ، وبالتالي يصعب عليه الإلمام بكافة التفاصيل والمعلومات حول العقد المزمع إبرامه، وهذه الاستحالة من طرف العميل قد تكون موضوعية وقد تكون شخصية، والاستحالة الموضوعية يقصد بها عدم قدرة العميل على العلم بالبيانات

---

[1]– خليفي ريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد الرابع، جانفي ، 2011م، ص 204.

[2]– محمود أبو فروة ، مرجع سابق، ص 272.

والمعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد المراد إبرامه،[1] سواء كانت هذه المعلومات تتعلق بالحالة القانونية للشيء، أو بالأوصاف المادية له[2].

أما الاستحالة الشخصية فتعني أن العميل يتعذر عليه العلم بالبيانات المتعلقة بمحل العقد لأسباب ترجع إلى شخصه، وتتمثل في عدم خبرته وعدم كفايته الذاتية في مجال العقد المراد إبرامه، خصوصا جوانبه الفنية والتقنية التي يكون البنك أكثر إلماما وخبرة بها[3].

وإذا كانت الاستحالة الشخصية ترجع إلى ظروف شخصية ذاتية للعميل المتعاقد بصدد الحصول على معلومات عن إحدى كيفية التعامل مع البطاقة والمخاطر الناتجة عن ذلك، فإن التساؤل الذي يثور هو : ما المعيار المتخذ لتقدير وجود هذه الاستحالة في العميل المتعاقد من عدمها؟.

تردد الفقه في هذه المسألة بين الأخذ بالمعيار شخصي محض يعتد فيه بكافة الظروف الشخصية للعاقد دون أن يقاربه بمسلك الرجل العادي، وهو ما يسمح باحترام إرادة العاقد وصيانتها وتأكيد دورها في إبرام العقد، أو الأخذ بمعيار موضوعي مجرد تقاس فيه هذه الاستحالة على ضوء معيار الرجل العادي، فلا يعتبر جهل العاقد بالبيانات العقدية مشروعا إلا إذا أثبت أنه بذل العناية اللازمة التي يبذلها الرجل المعتاد في محاولته لمعرفة المعلومات المتعلقة بالعقد ومحله.

غير أن الاعتداد بالمعيار الشخصي وحده يؤدي إلى تقاعس المتعاقد قليل الخبرة عن أداء واجبه في الاستعلام، كما يحمل المتعاقد الآخر دونما خطأ ارتكبه، تبعية التعاقد مع

---

[1] تحدث الاستحالة في العقود التي تتضمن التزامات بإعطاء الشيء والتي تترتب عليها التزامات بالضمان كعقد البيع والإيجار وعقد العارية، ففي هذه العقود يتعذر على المتعاقد الحصول على المعلومات المتعلقة بالشيء فيصبح جهله بها مشروعا باعتبار أن هذا الشيء يوجد في حيازة المتعاقد الآخر وتحت سيطرته.

– نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 84.

[2]– محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 39.

[3]– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 274.

شخص على مستوى ضعيف من الدراية أو الكفاءة أو الخبرة، والأخذ بالمعيار الموضوعي وحده من شأنه أن يضر بالعاقد الذي منعته ظروفه الخاصة أو أسبابه الشخصية من الاستعلام[1].

لذا يميل الرأي الغالب[2]إلى المزج بين المعيارين الشخصي والموضوعي عند تقدير مدى استحالة علم المتعاقد بالبيانات العقدية بسبب ظروفه الشخصية ومدى تبرير مشروعية جهله بها.

وبذلك فإن عدم التكافؤ المعرفي بين البنك والعميل بخصوص الأدوات والأنظمة الإلكترونية في بطاقات الائتمان تعد من أهم الأسباب التي تبرر تدخل المشرع والقضاء لتوفير لهذا الأخير الحماية الكافية، حتى لا يستغل البنك ضعفه المعرفي ويفرض عليه الشروط التعاقدية التي تحقق مصالحه على حساب عميله الطرف الضعيف في الرابطة العقدية.

ثانيا/ إدراج البنك في العقد لشروط مجحفة على العميل.

إذا كان الأصل إن إبرام العقود يتم بالتراضي بين المتعاقد في جو من الحرية الكاملة وعلى قدم المساواة بينهما، وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية، فإن الأمر لا يسير على هذا النحو في علاقة البنوك بعملائها، فتنوع الأنشطة والخدمات التي تقدها البنوك لعملائها والسرعة في إنجازها، بالإضافة إلى ما تتمتع به من قوة ونفوذ اقتصادي، أدى إلى انفرادها بوضع تلك العقود بصورة انفرادية على شكل نماذج أو عقود نمطية، يدرج فيها شروطا تم وضعها مسبقا من جانب واحد وبدون حرية مناقشة الجانب الآخر لها، وهذه الشروط عادة ما تكون مجحفة

---

[1]- خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 231.

[2]- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 40.

بالنسبة للعملاء الذين لم تتوافر لهم الحرية الكاملة في مناقشتها[1]، وبالتالي يعتبر كثير منها من قبيل الشروط التعسفية.

والشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي بين الطرفين المتعاقدين، وما يقتضيه من تكافؤ في الحقوق والواجبات[2].

لهذا يرى بعض الفقه[3] بأن فكرة التعسف تقوم على عنصرين : الأول : التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي، والثاني التفاوت الظاهري بين التزامات الطرفين وذلك أن هذين العنصرين تربطهما علاقة سببية تامة، إذ يعد العنصر الثاني نتيجة طبيعية للعنصر الأول، فالتفاوت الشديد بين التزامات الطرفين يأتي نتيجة لتعسف البنك في استعمال نفوذه الاقتصادي واستغلال ضعف المركز الاقتصادي للعميل.

أما بخصوص التشريعات المقارنة فالمشرع الفرنسي عرف التعسف بموجب المادة (1/132) من تقنين الاستهلاك المعدلة بمقتضى القانون رقم 95-96 الصادر في أول فيفري سنة 1995، والتي تنص على أنه في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر شروطا تعسفية الشروط التي يكون من شانها أن تنشأ ضد مصلحة غير المهنيين أو المستهلكين تفاوتا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد[4].

---

[1]- محمد أبو فروة ، مرجع سابق، ص 277.

[2]- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهته الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2014م، ص 44.

[3]- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 115، - أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات القاهرة، 2013م، ص 94.

[4]هذه المادة تعد إعمالا للتوجه الأوربي رقم 13/903 الصادر في 5 افريل سنة 1993، بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، حيث تنص المادة (3/1) على أن الشرط العقدي الذي لم يكون موضوعا لمفاوضات فردية يعتبر شرطا تعسفيا، وذلك عندما ينشأ خلافا لما يقضي به حسن النية وضد مصلحة المستهلك تفاوتا جليا، بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد، وبذلك فإن التوجيه الأوربي قد تبنى معيارين لتحديد الشرط التعسفي، الأول يتعلق بعدم التوازن الظاهري في الحقوق والالتزامات لطرفي العقد، والثاني يتعلق بالقيام بالمفاوضات الفردية التي يركز عليها المرسوم الأوربي

غير أن ما يلاحظ على المشرع الفرنسي أنه لم يعتبر استعمال النفوذ الاقتصادي كصر لازم لتحقيق الشرط التعسفي، فهو لم يعتد إلا بعنصر واحد يلزم وجوده لقيام الشرط التعسفي، هو التفاوت الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين[1].

لهذا يرى البعض[2] أن تبني المشرع الفرنسي للعنصر الموضوعي فقط كمعيار لتحديد الشرط التعسفي، من شأنه أن يحقق حماية أكبر للمستهلك العميل من خلال تخفيف عبئ إثبات الشرط التعسفي الذي يقع على عاتقه، فلا يكون ملزما بأن يقيم الدليل على تعسف المهني في استعمال نفوذه، الاقتصادي باعتبار أن هذا يعد أمرا نفسيا قد يتعذر الكشف عنه وإثباته، وإنما يكفيه أن يثبت أن هناك تفاوتا ظاهريا ضد مصلحته، فيفترض بعد ذلك أن هذا التفاوت قد حصل نتيجة لهذا التعسف.

أما بخصوص المشرع الجزائري فإنه وفي المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية وفي الفصل الثاني منه قد حدد لنا الشروط التعسفية حيث تنص المادة الخامسة منه على أنه يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة، أو مستند، أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزامات الواردة بهذا القانون.

لعنصر أساسي في تعريف هذه الشروط، لكن المشرع الفرنسي لم ينقل من التوجه الأوروبي سواء معيار عدم التوازن الظاهري بين طرفي العقد في الحقوق والواجبات، مغفلا معيار المفاوضة، وقد جاء في النص الفرنسي ما يلي :

Art. L132-1 « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnels ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat… »

[1]- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 117.

[2]- المرجع نفسه، ص 116.

فهذا يفيد بوضوح أن بطلان الشروط التي نص عليها، لم يتقرر إلا لأنه ينشئ تفاوتا ظاهرا ضد مصلحة المستهلك بين التزامات الطرفين، وذلك بإعفاء المهني من التزاماته.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تبنى المعيار نفسه الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة (1/132) سالفة الذكر، فلم يأخذ بتعدد المعايير في تحديد مفهوم الشرط التعسفي وإنما تبنى معيارا واحدا، ونرى أن ذلك أفضل من اللجوء إلى جملة من المعايير التي يمكن أن تتضارب فيما بينها، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم الأمان والاستقرار القانوني، خصوصا أن تحديد فكرة التعسف في عقود تقديم خدمات بطاقات الائتمان فكرة حساسة قد يستغلها البنك إلى أبعد الحدود ضد العميل الطرف الضعيف والذي يحتاج إلى تحديد دقيق، وهو ما يضمنه وجود معيار واحد محدد، هذا المعيار الوحيد قد يساهم في عدم تحكم القاضي أو تماديه في تفسير النصوص القانونية، أو تكييفه للوقائع المستجدة.

وبذلك يمكن القول : إن العقود المبرمة بين البنك والعميل بخصوص تقديم خدمات بطاقة الائتمان يمكن ملاحظة أنها تتضمن مجموعة من الشروط التي يراعي فيها البنك مصلحته، أو يؤدي العمل بها إلى إحداث نوع من الاختلال في التوازن العقدي لمصلحته وعلى حساب مصلحة عميله، لهذا فإنها تدخل في مفهوم الشروط التعسفية، ومنها ما يتعلق بتحديد المسؤولية والإعفاء منها والشروط التي يتنازل فيها العميل عن بعض حقوقه.

وعلى أية حال فإن رضا العميل بالعقد يتأثر سلبا بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي لابست التعاقد، فهو يرضي بالتعاقد مع عدم رضاه في الوقت نفسه بالشروط القاسية التي يتضمنها، تحت ضغط إرادة البنك القوية، فينعدم اختياره في هذه الشروط، ومن ثم يكون مرغما على القبول بها فينشأ وضع غير عادل في العقد، يخل بالتوازن لهذا فقد أصبحت التشريعات في ظل هذه الوضعية مدعوة إلى توفير السبل الكفيلة بإعادة التوازن العقدي وتوفير حماية للعميل (الطرف الضعيف).

الفرع الثاني: الوسائل القانونية لحماية العميل في بطاقات الائتمان.

أن تفعيل نظام بطاقات الائتمان يستدعي كما اشرنا ارتباط كل من الحامل والتاجر بعقود منفصل مع البنك هذه العقود قد ترتب على العميل (الطرف الضعيف في كل عقد من العقود) العديد من المخاطر والأضرار، نتيجة لجهله وقلة خبرته بالمعلومات والبيانات الجوهرية وغير الجوهرية المتعلقة بها، فهو الطرف الأكثر عرضة للأضرار الناجمة عن تلك العقود.

لذا فإن العدالة تقتضي توفير الحماية الكافية له، دون أن يترك لتسلط البنك الطرف القوي الذي دائما ما يسعى لتحقيق مصالحه على حساب مصالح عملائه.

وفي ظل غياب التنظيم القانوني لاستعمال بطاقات الائتمان في التشريع الجزائري، فإن العميل باعتباره مستهلكا لخدماته يمكن أن نطبق عليه القواعد التي تحمي أي مستهلك عموما.

والحماية الفاعلة يجب أن تشمل كل مراحل العلاقة بدءا من تكوين العقد وانتهاءا بتنفيذها، وحماية العميل في أثناء تكون عقود تقديم خدمات بطاقات الائتمان، تتمثل في فرض التزام على عاتق البنك بتزويد العميل بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بمكونات العقد المزمع إبرامه وبخصائص الأدوات والأنظمة الإلكترونية محل العقد ومخاطرها وأضرارها الفنية والتقنية، ليكون رضاه خاليا من الشوائب عالما بما يمكن أن يلحقه بأضرار نتيجة إبرامه لتلك العقود، وهذه الوسيلة – التزام البنك بإعلام العميل– سبق أن تناولناها تفصيليا أثناء بحثنا لالتزامات البنك لذا نحيل لما سبق[1].

أما بخصوص حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في أثناء تنفيذ العقد فإن هذه الحماية ظهرت بداية في عقود الإذعان[2]، وهذه العقود تعالج الأثر المترتب على ضعف

---

[1]– يعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يكون موضوعه سلعة أو خدمة لا غنى عنها، ينفرد فيه الموجب بوضع الشروط فيقبل الموجب هل لا لمشيئة كاملة وإنما تحت سلطة ضغط الحاجة."

[2]– محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 111.

مركز المتعاقد الاقتصادي، فاستغلال هذا الضعف هو الذي عادة ما يفضي إلى وجود الشروط التعسفية.

لهذا يثور التساؤل التالي : ما مدى إمكانية الاعتماد على نظرية عقود الإذعان في حماية العميل في عقود تقديم خدمات بطاقات الائتمان؟.

في البداية لا بد أن نشير أن هناك مجموعة من الشروط لا بد من توافرها لاعتبار عقد ما من عقود الإذعان، وبالتالي يتمتع الطرف الضعيف فيها بالحماية التي توفرها نظرية عقود الإذعان، وتتمثل هذه الشروط في أن يصدر أحد المتعاقدين إيجابة للناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة، ويغلب من الناحية العملية أن يكون الإيجاب مطبوعا وفيه كامل الشروط التي يريدها المحتكر، ويقتصر دور المتعاقد الآخر بالرضا بهذه الشروط دون مناقشتها، وأن يتضمن هذا العقد شروطا مجحفة بحق أحد الأطراف لكي يدخل العقد في إطار عقود الإذعان[1].

كما يجب أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، وأن تكون السلعة أو الخدمة محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة فيها محدودة[2].

وبتطبيق شروط عقود الإذعان على عقود تقديم خدمات بطاقات الائتمان، يرى البعض أنه ينطبق عليها الشرط الأول ففي هذه العقود ينفرد طرف بتحديد شروط العقد وهو البنك، ويقتصر دور الطرف الآخر (العميل) على الرضا بهذه الشروط مسبقا، بحيث لا يكون أمام العميل من خيار إلا قبول العقد أو رفضه، كما أن هذه العقود تتضمن في الغالب شروطا مجحفة بحق العميل (الطرف الضعيف في الرابطة العقدية)، حيث نجد أن البنوك

---

[1]–محمد صبري السعدي، مرجع سابق،ص 123.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 194، – محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 113– محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 268.

تضع شروط مجحفة بحق عملائها، تسعى من خلالها إلى تغليب مصلحته على حساب مصلحة عملائها، بما تنقص من حقوقهم، مثل إعفاء نفسها من المسؤولية، أو تخفيفها، أو إعطاءها الحق في فسخ العقد أو تعديل شروطه في أي وقت، أو إلغاء خدمة من الخدمات التي تقدمها بطاقة للحامل في أي وقت، أو تنفرد بتحديد القانون المطبق أو المحكمة المختصة بنظر منازعاتها، وغير ذلك من الشروط التي تنفرد بوضعها ويخضع لها العميل، دون أن يكون من حقه مناقشتها.

إلا أنه لا يمكن اعتبار هذه العقود محل احتكار فعلي وقانوني، فهناك العديد من البنوك أو المؤسسات المالية التي تقوم بعرض وتقديم خدمات بطاقات الائتمان، والذي قد يكون للعميل الخيار بين أي من هذه البنوك الذي قد يحقق له التعاقد معها أفضل الشروط التي تراعي مصالحه.

أما بالنسبة لشرط أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات فالأمر يخضع لطبيعة المعاملة أو الهدف من فتح الحساب وإجراء التحويل منه ليس من الضروريات بالنسبة للعميل، فقد يستغنى عنه باقتناء نقوده في خزانته الخاصة به دون اللجوء إلى البنك وقيامه بتسليم النقود يدويا للدائن، ولكن في بعض الحالات قد يكون اللجوء إلى التحويل من الضروريات بالنسبة للعميل، ومن ذلك اشتراط بعض الجهات على موظفيها امتلاكهم حسابات ويتم تحويل مرتباتهم إلى هذه الحسابات أو اشتراط بعض الشركات وخاصة الأجنبية أن يتم الوفاء بمستحقاتها وإجراء التحويل إلى أرصدتها في بنوك أخرى، ففي مثل هذه الحالات وغيرها يكون فتح الحساب وإجراء التحويل من خلاله من الضروريات بالنسبة للعميل، وبذلك فإن توافر هذا الشرط من عدمه يخضع لطبيعة المعاملة التي يجريها العميل.

لهذا يمكن القول بأن عدم انطباق كافة شروط عقود الإذعان على عقود البنك لا يجعلها من قبيل عقود الإذعان، وإنما تكون من قبيل العقود النموذجية أو النمطية، وبالتالي فلا تشملها الحماية المقررة في كل من المادة 110و112 من القانون المدني الجزائري.

وبذلك فإن غالبية الفقه الحديث[1] ترى أن قواعد حماية المستهلك تكون أكثر حماية للطرف الضعيف في العقود النموذجية- ومنها العميل في عقود تقديم خدمات بطاقات الائتمان- فهذه القواعد تعالج كل العقود التي ينفرد فيها طرف واحد بوضع شروطها، وأحكامها، كما أنها لم تقتصر على معالجة الضعف الاقتصادي لدى العميل، كما هو الشأن في نظرية عقود الإذعان، وإنما تعالج أيضا الضعف المعرفي بين المهني "البنك" و"المستهلك" العميل الناجم عن عدم خبرة هذا الأخير بالجوانب الفنية والقانونية المتعلقة بالعقد، وما يمكن أن ينجم عنه من أضرار ومخاطر، بالإضافة إلى أن قواعد حماية المستهلك تسلط الضوء بشكل مكثف على الشروط التعسفية، وبشكل أكثر تفصيلا عن منهج المعالجة القانونية الناتجة عن نظرية عقود الإذعان.

لهذا نجد أن هذا القانون 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نص بشكل صريح في المادة 30 على البطلان المطلق لأي شرط تعسفي يضمنه المهني في العقد الذي يبرمه مع المستهلك، حيث جاء في هذه المادة أنه يكون باطلا بطلانا مطلقا كل شرط تعسفي يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط أن يؤدي إلى إخلال بالتوازن فيم بين حقوق وواجبات المزود والمستهلك لغير مصلحة المستهلك، أو إعفاء المزود من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون، أو اللائحة أو القوانين الأخرى النافذة ...".

ولا شك أن النص سالف الذكر يحقق حماية كبيرة للمستهلك (العميل)، خاصة أنه من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ولم يقتصر

---

[1]- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 86 - محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 270.

المشرع في هذا القانون على إبطال الشروط التعسفية التي ضمنها المهني (البنك) في العقد المبرم مع المستهلك العميل، وإنما تضمن جملة من النصوص القانونية التي تهدف إلى وقاية المستهلك (العميل) وحمايته من تعسف المهني، منها ما يتعلق بالتزام هذا الأخير بالإعلام المستهلك بالبيانات، والمعلومات حول العقد المراد إبرامه ومخاطرها، وما يترتب عليه من أضرار كما سبق إيضاحه في هذه الدراسة، ومنها ما أسند القيام بها إلى جهات الإدارة لاتخاذ ما يلزم لحماية المستهلك من أي شروط تعسفية قد يفرضها عليه الشخص المهني في العقد.

وبذلك لم يترك المشرع الأمر لسلطة القاضي التقديرية، في إبطال الشرط التعسفي من عدمه، كما هو الشأن في نظرية عقود الإذعان، والتي ترك المشرع فيها الأمر جوازيا للقاضي في حدود الشرع والعدالة، وقد يعمد القاضي إلى تفسير تلك الشروط تفسيرا ضيقا..

مما تقدم يمكن القول : إن في ظل عدم تنظيم المشرع الجزائري لاستعمال بطاقات الائتمان في قواعد خاصة تراعي طبيعة تلك العمليات، فإنه يمكن الاستعانة بقواعد حماية المستهلك، على اعتبار أن العميل طرف ضعيف مستهلك لخدمات البنك، وإن كانت الحماية التي يمكن توافرها له لم تصل إلى الغاية المنشودة، في هذا الخصوص، فقواعد حماية المستهلك تمثل القواعد العامة التي تطبق على عقود الاستهلاك أيا كان نوعها وطبيعتها، وأيا كان أطرافها.

ولعل أبرز ما يمكن أن تحققه للعميل في عمليات استعمال بطاقة الائتمان هو إلزام البنك بتقديم له المعلومات والبيانات اللازمة قبل التعاقد، حتى يكون رضاه حرا ومستنيرا، وكذلك إبطال أي شرط تعسفي يمكن أن يفرضه عليه البنك، إلا أنها تظل قاصرة في معالجة بعض المسائل الأخرى مثل الإثبات، وطبيعة وأساس مسؤولية البنك، وفرض بعض الالتزامات على البنوك التي تتطلبها طبيعة التعامل ببطاقات الائتمان.

إذ إنه في ظل قانون حماية المستهلك يكون عبء الإثبات على العميل وفقا للقواعد العامة في الإثبات، كما أن أساس مسؤولية البنك تكون محكومة بالقواعد العامة في القانون المدني لا تسعف في توفير الحماية المطلوبة للعميل في بطاقات الائتمان، نظرا لخصوصية وطبيعة هذه العمليات المنفذة بها.

لهذا نأمل من المشرع الجزائري أن ينظم هذه العمليات تنظيما دقيقا بما يوفر أقصى درجة من الحماية للعميل، وبما يحقق التوازن العقدي بين مصالح الطرفين.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة وعلى ضوء ما تم عرضه نخلص إلى مجموعة من النتائج و التوصيات يمكن إجمالها فيما يلي :

إن اعتبار البنوك وبصفة عامة المؤسسات الائتمانية ركيزة أساسية لتطوير الاقتصاد في مختلف أنحاء العالم، فقد كان لزاما عليها أن تساير وتواكب التطور العلمي والتكنولوجي، وبالتالي العمل على تحديث أنظمة عملها وخلق الآليات والوسائل التي تمكن زبائنها من الاستفادة من خدماتها بالطرق التقنية الحديثة، وكان من أهم نتائج الثورة المعلوماتية استحداث أفكار حديثة للوفاء أبرزها بطاقة الائتمان، وذلك تعزيزا لعاملي السرعة وبما يرتبانه من توفير في الوقت والجهد ،فهما عماد العمل التجاري بوجه عام والعمل البنكي بوجه خاص.

تنعقد العقود التي يبرمها البنك في بطاقات الائتمان كغيرها من العقود رغم خصوصيتها، بتبادل الإيجاب والقبول بين طرفي كل عقد، على أن ما يميزها أن الإيجاب يكون من طرف العميل(طالب الانضمام إلى نظام البطاقة) والقبول متروك للجهة المصدرة ، والتي لها الحق في تقرير منحه الموافقة على إتمام العقد من عدمه، وهذا بعد قيامها بتفحص طلبه، والتحقق من مدى توفر الشروط المطلوبة والضرورية لذلك.

ولتمام إبرام العقد يستوجب على العميل عدم ممارسة حقه في العدول، ويقابله في ذلك قيام البنك بكل الالتزامات التي رتبها عليه العقد ، حيث يترتب عن قيام العقد نشوء التزامات متبادلة بين طرفيه، فيقع على مصدر البطاقة (البنك) عدة التزامات، منها ما يتعلق بالحامل ومنها ما يتعلق بالتاجر.

لقد خلقت الخصوصية التي تميز عقود البنك مع عملائه في بطاقات الائتمان تفاوتا في المراكز القانونية التي يتخذها كل طرف في مواجهة الآخر، حيث نجد أن البنك يوجد في مركز سيادي ووضع اقتصادي وقانوني قوي، نتيجة لهيمنته على سوق الخدمات البنكية، أو

على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعله يمتلك موازين القوى ويتحكم في العلاقة التي تجمعه بعميله الطرف الضعيف في هذه العلاقة العقدية،مما أدى إلى اختلال التوازن في الرابطة التعاقدية بين البنك وعملاءه، ويظهر هذا الاختلاف بشكل واضح وجلي بالنظر للتفاوت في العلم والمعرفة بالمعلومات المتعلقة بالعقد، سواء تعلق ذلك بعقد التاجر ، أو عقد الحامل، كما يظهر ذلك الاختلال في التفاوض حول بنود تلك العقود، مما يجعل البنك يقوم بتضمين العقد لشروط مجحفة تتيح له التخفيف من التزاماته مع تكليف العميل بالتزامات إضافية أو تشديد من التزامات عميله، الأمر الذي جعل العقد الذي يقوم البنك – بصفته مهنيا– بإبرامه مع العميل المستهلك يتميز بطبيعة خاصة تحمل في طياتها شبهة استغلال المتعاقد القوي لنظيره الضعيف، وإشكالية هذا الاختلال في العلاقة بين البنك والعميل لا تطرح فقط في عقد التاجر أو عقد الحامل، وإنما تتعلق أيضا بكل العقود البنكية التي تبرمها البنوك مع عملائها.

أن هيمنة البنك (مصدر البطاقة) تتجلى في الشروط التعسفية التي يضمنها في نموذج العقد مما يجعل من العقود التي يبرمها البنك في بطاقات الائتمان مع التاجر أو الحامل عبارة عقدود إذعان ، فيكون العميل هو الحلقة الأضعف ، وهذا يتضح من خلال الشروط المفروضة عليه من البنك ، دون أن يحق له مناقشتها ، و هو الأمر الذي يستوجب تدخل القاضي من اجل القيام بإعادة التوازن العقدي لطرفيه و التقليص من حدة هذه الشروط و ذلك بتفسيرها إن كانت غامضة أو تعديلها ، و قد يصل الأمر إلى إعفاء العميل منها.

ويمكن للجهة المصدرة للبطاقة تعديل العقد من طرف واحد و بإرادتها المنفردة ، كما يمكن لها فسخه في حالة رفض العميل للشروط الجديدة ، مما يعد مساسا برضا هذا الأخير.

وعدم إنكار العلاقة العقدية التي تربط البنك بعملائه فيما يتعلق باستعمال بطاقات الائتمان، والاعتراف بالعقد يقتضي الاعتراف بالآثار الناتجة عنه، وأن المسؤولية التي تقوم

في ظل تلك العمليات لا تخرج عن نطاق المسؤولية العقدية، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أن تلك المسؤولية مشددة نوعا ما تبعا لصفة البنك المهني كشخص مهني محترف، ودون إنكار إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه عميله المتعاقد عند ما تتحقق الحالات التي تعد استثناءا على مبدأ عدم جواز الخيرة، ومن ذلك ارتكاب البنك للغش، أو كون الإخلال العقدي يشكل في الوقت ذاته عملا إجراميا، وفي الحالات التي يرتكب البنك تقصيرا في أثناء المفاوضة على التعاقد وقبل إكمال إبرامه، أو إذا بطل العقد لبطلان أحد أركانه، أو في حالة التقصير الذي ينتج من قبل البنك بعد انتهاء العقد، كذلك الأخذ في الاعتبار الحالات التي يصعب فيها إثبات خطأ البنك من قبل العميل ومن أن تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر قد يحقق الحماية للعميل.

تقوم المسؤولية المدنية لكل من مصدر البطاقة و حاملها أو التاجر القابل لها ، في حال الإخلال بالبنود والالتزامات المقررة بموجب العقد ، و تحقق الضرر للطرف الآخر نتيجة هذا الإخلال ، و يمكن أن تتحقق المسؤولية الجزائية في ذمة احد أطراف العقد إذا اخل بالتزام عقدي قرر له المشرع جزاءا جنائيا.

إن الطابع الفني الذي يتميز به استعمال بطاقات الائتمان عن بقية الأعمال البنكية التقليدية – حيث تتم بطريقة إلكترونية وعن بعد– يجعلها عرضة لكثير من عمليات الاختراق والاستيلاء من قبل أشخاص مجهولين في أثناء انتقال المعلومات المتعلقة بنقل الأموال عبر الشبكة الإلكترونية، والذي يصعب في كثير من الحالات تحديد هوية أولئك الأشخاص، وحتى في حالة تحديدهم فإنه يكون من الصعب على العميل في بعض الحالات ملاحقتهم قضائيا، خصوصا عندما يكونون من أماكن ومناطق بعيدة عن مكان إقامة وتواجد المضرور، مما جعل هناك صعوبة في تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية التقليدية كما هي.

وبما أن محل هذه العقود ينصب على خدمة مصرفية ، فهو يخضع لأحكام قانون حماية المستهلك و قمع الغش، و بالتالي استفادة العميل من الحماية المقررة له من خلال القواعد العامة في القانون المدني (بخصوص الشروط التعسفية) ، هذا بالإضافة إلى الحماية المتضمنة في قوانين حماية المستهلك ، باعتباره مستهلكا لخدمة مصرفية .

لهذا نجد أن بعض الاتجاهات الفقهية والقضائية السابقة التي حاولت أن تؤسس مسؤولية البنك على أساس قواعد المسؤولية الشخصية التقليدية لم تراع هذا الاختلال في التوازن، حيث إنها لا زالت عند محاولتها تأسيس مسؤولية البنك متمسكة بالمبادئ العامة التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن الالتزامات التي اتفق عليها الأطراف لا يمكن المساس بها بالزيادة أو النقصان، وهو ما يعبر عنه بمبدأ "القوة الملزمة للعقد"، والذي نرى أن التطورات الاقتصادية والتكنولوجية أدت إلى إثارة الشك حول مدى اتفاق تلك المبادئ مع العدالة واستقرار حقوق الأشخاص المتعاملين مع أصحاب الهيمنة والنفوذ الاقتصادي القوي، كما هو الشأن في نطاق العلاقة التي تجمع البنوك بعملائها.

لذا فإن البحث عن أساس مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان يتطلب:

أن يكون ذلك الأساس كافيا لسد الهوة التي أحدثتها مظاهر ذلك الاختلال بشكل يعيد التوازن في المعادلة العقدية إلى مجراها الطبيعي، بحيث يحقق أقصى قدر من الحماية للعميل، دون أن نصل إلى حد المبالغة والغلو في حمايته على حساب الطرف الآخر – البنك– لما لذلك من نتائج عكسية قد تؤدي إلى عزوف البنوك من ممارستها لأنشطتها وتقديم خدماتها، إذ تأكدت أنها ستتحمل المسؤولية دائما حتى لو كان التقصير والإهمال الذي سبب الضرر راجعا إلى الشخص المضرور.

الوضع في الاعتبار عند تحديد مسؤولية البنك في بطاقات الائتمان الخصوصية التي يتميز بها إثبات الأخطاء الإلكترونية وما يمكن أن تثيره من مشاكل وصعوبة تجعل العميل

غير قادر – في كثير من الحالات- على إثبات ما يدعيه، مقابل شخص مهني يحتكر تلك الأدلة، ويسهل عليه التخلص منها بإثبات سلامة أنظمته أو نفي خطئه بالسبب الأجنبي في بعض الحالات، رغم أنه في الحقيقة المتسبب في إحداث الضرر، فما يمتلكه البنك من إمكانية قد تجعله يحور أدلة الإثبات لصالحه، والذي لا بد معه من ضرورة إيجاد الوسائل الضرورية التي تكفل حماية الطرف المضرور بضمان حصوله على التعويض، دون أن نضع حواجز أمامه من قبيل إرغامه على إثبات ما قد يستحيل عليه إثباته، والارتكان على القواعد العامة في الإثبات قد لا يحقق الحماية الكافية للعميل في كثير من الحالات، كما أشرنا سابقا، ورأينا أن بعض الاتجاهات السابقة التي تتبنى الخطأ كأساس لمسؤولية البنك لم تدرك هذه الحقيقة، الأمر الذي قد لا يثمر في تحقيق الحماية الكافية للعميل.

إن التشريعات الحديثة لم تشدد في مسؤولية البنك إلى الحد الذي يجعله في تلك الحالات مسؤول عن أي ضرر للعميل فالأمر مرتبط بوجود خطأ أو عدم وجوده، من طرف البنك، غير أن إثبات هذا الخطأ أو نفيه يكون على عاتق البنك وليس العميل .

ولقد أحسنت هذه التشريعات صنعا عندما لم تتشدد في مسؤولية البنك إلى الحد الذي لا يجعله مسؤول عن كل الأضرار في مثل هذه الحالات، لأن البنك قد يتدخل في عمله أثناء تنفيذه لها العديد من العوامل التي لا تكون خاضعة لسيطرته وحده، ومن هنا فإنها لم تجحف في حقه، فقد يكون سبب عدم تنفيذها أو التنفيذ المعيب راجعا إلى العميل نفسه، كما لو قام بتعبئة بيانات أمر التحويل بطريقة ناقصة أو غير صحيحة أو لم يتبع الخطوات قبول واستعمال البطاقة، وبالتالي فليس من العدل أن تبنى مسؤوليته في هذه الحالات على أساس تحمل المخاطر، كما أن تحديد مصدر الضرر في مثل هذه الحالات لا يكتنفه الغموض والصعوبة التي تكتنف الحالات الأخرى، فبمجرد ادعاء العميل بعدم قيام البنك بتنفيذ امر الدفع أو تنفيذه التنفيذ المعيب، فإن البنك لا يستطيع التخلص من هذا الادعاء إلا إذا أثبت أنه ليس السبب في ذلك وإنما يرجع لسبب آخر خارج عن إرادته.

غير أن هذه التشريعات الحديثة حملت البنوك المسؤولية في بطاقات الائتمان في حالات أخرى دون حاجة إلى نفي خطئه فيها، وإنما على أساس نظرية تحمل المخاطر كون هذه النظرية هي الوحيدة القادرة على سد العجز والقصور في فكرة الخطأ وإيجاد حل مناسب للحالات التي يعجز فيها العميل من إثبات صدور خطأ من طرف البنك، وتتمثل في جميع الحالات التي يدعي فيها العميل حصول قيد غير مشروع على حسابه باستخدام أداة التحويل الخاصة به من قبل الغير، وبالتالي فإن البنك يسأل بناء على نظرية تحمل المخاطر في معظم الحالات التي يستحيل فيها تحديد مصدر الخطأ الذي أوقع الضرر بالعميل، وكذلك في الحالة التي تفقد فيها البطاقة أو يتم سرقتها، وذلك بعد قيام العميل بإخطار البنك عن فقده لها أو سرقتها منه.

وفي الجزائر، إن القواعد القانونية الحالية غير قادرة على احتواء وتنظيم المسائل والجزئيات المتعلقة بعقود البنك في بطاقات الائتمان بشكل عام، لذا تظهر الحاجة إلى تدخل المشرع الجزائري لسن قانون خاص ينظم التعاملات المتعلقة بالبطاقات المصرفية، وكذا العلاقات الناشئة عن استخدامها مع الأخذ في الاعتبار النقاط السابقة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع.

أولا: باللغة العربية.

* الكتب العامة.

1- **إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، العقد غير اللازم-دراسة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية-، جامعة الكويت، بدون ناشر و بدون طبعة،1994.

2- **إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق – دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة – اللاتينية – الإسلامية، الأنجلوأمريكية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

3- **إبراهيم عبد العزيز داود**، حماية المستهلك في مواجهته الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2014.

4- **إبراهيم عبد العزيز داوود**،عدم التوازن المعرفي في العقود، دار الجامعة الجديدة مصر، 2014.

5- **احمد شوقي محمد عبد الرحمان**، مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا، بدون ناشر، 1976.

6- ______________ المسؤولية العقدية للمدين المحترف، بدون ناشر، 2003.

7- ______________ النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادية و غير الإرادية للالتزام)، بدون ناشر، 2008.

8- **أحمد محمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، در النهضة العربية، القاهرة، 1994.

9- **أسامة الحموي**، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون، مطبعة الزرعي، دمشق، الطبعة الأولى، 1997.

10- **إليـاس ناصـيف،** العقود الدوليـة (العقد الالكترونـي فـي القـانون المقـارن)، منشـورات الحلبـي الحقوقية لبنان، الطبعة الأولى 2009.

11- **أنس محمد عبد الغفار،** آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بـين القـانون المـدني والفقـه الإسـلامي، دار الكتـب القانونيـة، دار شـتات للنشر والبرمجيات القاهرة، 2013.

12- **جابر محجوب علي محجوب،** قواعد أخلاقيات المهنة – مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها –، دار النهضة، القاهرة، 2001.

13- **جميل الشرقاوي،** النظريـة العامـة للالتزامات، الكتاب الأول، مصـادر الالتزام، دار النهضـة العربية، القاهرة، 1995.

14- **حسن عبد الباسط جميعي،** مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، 2000م.

15- **حسين عبد الله عبد الرضا الكيلانـي،** اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد

16- **حمـد الله محمـد عبـد الله،** حمايـة المسـتهلك فـي مواجهـة الشـروط التعسـفية فـي عقـود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997م.

17- **خالد جمال أحمد،** الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر

18- **سليمان ضيف الله مطلق الزبن،** العمليات المصرفية المنفذة بالبطاقات البنكية الرقمية أمام المستهلك الالكتروني،دار النهضة العربية، مصر، 2016.

19- **سـليمان مـرقس،** الـوافي فـي شـرح القـانون المـدني، المـدخل للعلـوم القانونيـة وشـرح البـاب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السادسة، تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي، بدون ناشر، 1987.

20- **سميحة القليوبي،** الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية ، طبعة 1988.

21- ـــــــــــــــــ الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الرابعة، 2005.

22- **سمير عبد السيد تناغو**، أحكام الالتزام و الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2009.

23- **سوري حمد خاطر**، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية : دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، دار شتات، المحلة الكبرى، القاهرة، 2010.

24- **طاهر شوقي مؤمن**، عقد البيع الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2007.

25- **عبد الحميد الدياسطي** ، آليات حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج" دراسة مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة طبعة 2009.

26- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1968.

27- **عبد الوهاب أبو سليمان**، البطاقات البنكية الاقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية.

28- **علي البارودي- محمد فريد العريني**، القانون التجاري والعقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،2001.

29- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة 2003.

30- **عمر سليمان الأشقر**، دراسة شرعية في البطاقات الائتمانية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.

31- **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف"، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008

32- **فايز أحمد عبد الرحمان**، المسؤوليتان العقدية والتقصيرية، ومدى أحقية المضرور في الجمع أو الخيرة بينهما، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

33- **كوثر سعيد عدنان خالد- سميحة مصطفى القليوبي**، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الثانية 2016.

34- **محفوظ بن حامد لعشب**،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1990.

35- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،2011.

36- **محمد حسين الجبر**، العقود التجارية وعمليات البنوك،جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 1997.

37- **محمد حسين الشامي**، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، مكتبة الجيل الجديد، دمشق، 2011.

38- **محمد حسين عبد العال**، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م،

39- **محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2009.

40- **محمد صبري السعدي** ،شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر،2004.

41- **محمد عبد الظاهر حسن**، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية عن العلاقة المتبادلة بين نوعي المسؤولية ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2012.

42- **محمد علي عمران**، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، القاهرة، 1980.

43- **محمد لبيب شنب**، المسؤولية عن الأشياء –دراسة في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الفرنسي–، مكتبة دار النهضة المصرية، القاهرة، 1957م.

44- **محمود جمال الدين زكي**، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول المصادر، 1976.

45- **منذر الفضل**، الوسيط في شرح القانون المدني دار ثراس للطباعة والنشر، العراق، الطبعة الأولى، 2009.

46- **مصطفى كمال طه**،القانون التجاري العقود التجارية وعمليات البنوك، الدار الجامعية، 1993.

47- **موفق حماد عبد**، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، العراق، الطبعة الأولى، 2011.

48- **نادية فوضيل**، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.

49- **نبيل إبراهيم سعد**، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008.

50- **نزيه حماد**، قضايا فقهية معاصرة في المال و الاقتصاد، دار القلم، سوريا، الطبعة الأولى،2001.

51- **نزيه محمد الصادق المهدي**، الالتزام قبل التعاقدي بالإفضاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

52- **ياسين محمد يحي**، اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

53- **يحي أحمد موافي،** المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.

54- **سهير المنتصر**، الالتزام بالتصبير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

55- **علاء محمد الفواعير** ، العقود الالكترونية – التراضي التعبير عن الإرادة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2014.

***الكتب المتخصصة.**

1- **إبراهيم حامد طنطاوي**، الحماية الجنائية لسرية معلومات البنوك عن عملائها دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

2- **احمد السيد لبيب إبراهيم،** الدفع بالنقود الالكترونية –الماهية والتنظيم القانوني-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

3- **أدونيس حجل،** بطاقات الاعتماد، مجلة المصارف العربية، لبنان ,عدد173 لسنة 1995.

4- **أشرف محمد مصطفى أبو حسين،** التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

5- **الصادق المهدي**، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان الالكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، دار النهضة العربية، مصر، بدون طبعة.

6- **أمير فرج يوسف،** التوقيع الالكتروني، مكتبة الوفاء القانونية مصر، الطبعة الأولى، 2011.

7- **أمين طعباش،** الحماية الجنائية للمعاملات الالكترونية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، مصر،2015.

8- **أيمن إبراهيم العشماوي،** تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م .

9- **انس العلبي**، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.

10- **أيمن عبد الحفيظ**، حماية بطاقات الدفع الالكتروني، مطابع الشرطة، 2007.

11- **إيهاب فوزي السقا**، الحماية الجنائية و الأمنية لبطاقات الائتمان،دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

12- **جبار صابر طه**،أساس المسؤولية المدنية عن الفعل غير الشروع بين الخطأ والضرر، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2010.

13- **جمال عبد الرحمن محمد علي**، الخطأ في المجال المعلومات، دراسة في العلاقة بين بنوك المعلومات والمستخدم النهائي، الطبعة الثانية، بدون ناشر، 2003.

14- **جميل عبد الباقي الصغير**، الحماية الجنائية و المدنية لبطاقة الائتمان الممغنطة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

15- **حسن عبد الباسط جميعي**، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت،دار النهضة العربية مصر، 2000.

16- ــــــــــــــــ الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.

17- **حسين محمد الشبلي- مهند فايز الدويكات**،التزوير والاحتيال بالبطاقات الائتمانية،دار مجدلاوي للنشر و التوزيع،الأردن،الطبعة الأولى،2009.

18- **حماد مصطفى عزب**، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، دار النهضة العربية، 1996.

19- **حمد علي عمران**، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاتها في بعض العقود- دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، 1980م.

20- **حنان ريحان مبارك المضحكى**، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، المكتب الجامعي الحديث، 2012.

21- **خليفة بن محمد الحضرمي**، العمليات البنكية و مسؤولية البنك المدنية، دار الفكرو القانون مصر، الطبعة الأولى، 2015.

22- **رضا السيد عبد الحميد**، سرية الحسابات المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 .

23- **رضوان غنيمي**، بطاقة الائتمان بين الوضع القانوني المصرفي والتأصيل الفقهي، مطبعة أميمية، فاس، الطبعة الأولى، 2011.

24- **رياض فتح الله بصلة**، جرائم بطاقة الائتمان، دار الشروق مصر، الطبعة الأولى، 1995.

25- **سليمان أبو ذياب**، النقل المصرفي – عمليات التحويل الداخلي والخارجي– ، مركز البحوث القانونية، بيروت، 2010.

26- **شبيب بن ناصر البوسعيدي**، وسائل الدفع في التجارة الالكترونية، مركز الغندور، مصر، 2009.

27- **شريف محمد غنام**، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني للنقود،دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

28**ـــــــــــــــــ** ، محفظة النقود الإلكترونية، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، دار الجامعة الجديدة، 2007.

29- **طارق محمد حمزة**، النقود الإلكترونية كإحدى وسائل الدفع، (تنظيمها القانوني والمسائل الناشئة عنها)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.

30- **عبد الحكيم احمد محمد عثمان**، أحكام البطاقات الائتمانية في القانون والآراء الفقهية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2007.

31- **عبد الراضي محمود كيلاني**، المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء و الضمان، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

32- ـــــــــــــــــــ ،النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان ، دار النهضة العربية، مصر ، 1998.

33- **عبد القادر العطير**، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

34- **عبد المولى علي متولي**، النظام القانوني للحسابات السرية "دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

35- **علاء التميمي** ، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت ، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2012.

36- **فايز نعيم رضوان**، بطاقات الوفاء، مكتبة دار النهضة العربية، مصر ، 1999/1998.

37- **كميت طالب البغدادي**، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان –المسؤولية الجزائية و المدنية–، دار الثقافة للنشرو التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

38- **محمد توفيق سعودي**، بطاقات الائتمان والأسس القانونية للعلاقات الناشئة عن استخدامها، دار الأمين للنشر والتوزيع، مصر ، الطبعة الأولى، 2002.

39- **محمد مرسي زهرة**، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، (العقد الإلكتروني الإثبات الإلكتروني المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، 2008.

40- **محمود أبو فروة**، مسؤولية البنك في عمليات التحويل الالكتروني، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، عمان،2014.

41- **محمود مختار بريري**، قانون المعاملات التجاري، الجزء الأول، الأعمال التجارية والتاجر ، دار النهضة العربية، 2000.

42- **معادي اسعد صوالحة**، بطاقات الائتمان – النظام القانوني و آليات الحماية الجنائية و الأمنية –، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى،2011.

43- **معتز نزيه محمد الصادق المهدي**، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان الالكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

44- ــــــــــــــــــــــــــــ ، المتعاقد المحترف مفهومه التزاماته ومسؤوليته، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

45- **ميرفت ربيع عبد العال**، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

***المؤتمرات والدوريات.**

1- **أحمد جمال الدين موسى**، النقود الالكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد التاسع والعشرين، أفريل 2007.

2- **احمد شرف الدين**، مقال بعنوان: "التوقيع الالكتروني قواعد الإثبات و مقتضيات الأمان في التجارة الالكترونية"، منشور بكتاب "الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية و الاقتصادية"، الجزء الأول:" الجديد في التقنيات المصرفية"، الطبعة الأولى، 2007،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان.

3- **احمد عبد الله محمد اليوسف**، مقال بعنوان:" تربح البنك من بطاقة العميل الائتمانية"،منشور بمجلة العلوم الإنسانية و الإدارية، (جامعة المجمعة) المملكة العربية السعودية،العدد السابع، يونيو 2015.

4- **احمد محمد السعد**، مقال بعنوان:"أحكام التعامل ببطاقة الائتمان في الشريعة الإسلامية"،منشور بمجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون العدد الخامس، 2005.

5- **أسامة أحمد بدر**، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الموضوعية والشخصية، دراسة تحليلية وقضائية، بحث منشور في مجلي الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية ، مصر، العدد الثاني،2009.

6- **أسامة عبد الله قايد**، مقال بعنوان:"المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة"،مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي،المجلد الرابع 2003.

7- **اسماعيل محمد المحاقري**، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 30، العدد 4، ديسمبر 2006.

8- **أمنة امحمدي بوزينة**، مقال بعنوان:"المسؤولية الجنائية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان"، منشور بمجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد الثالث عشر.

9- **بلال عبد المطلب بدوي**، مقال بعنوان:"البنوك الالكترونية ماهيتها معاملاتها والمشاكل التي تثيرها"،مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الخامس، 2003.

10- **ثروت عبد الحميد**، مقال بعنوان: "مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات"،مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الأول، 2003.

11- **ثنـاء احمـد محمـد المغربـي**، مقـال بعنـوان:"الوجهـة القانونيـة لبطاقـات الائتمـان"، مـؤتمر الأعمـال المصـرفية الالكترونيـة بـين الشـريعة والقـانون المـنظم مـن طـرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003.

12- **جابر محجوب علي**، مقال بعنوان "ضمان سلامة المستهلك الالكتروني من عيوب المنتجات الصناعية"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقـانون، كليـة الشـريعة والقـانون، جامعـة الإمـارات العربيـة، المنعقد فـي الفتـرة مـن 9 – 11 ربيـع الأول 1424 هـ الموافـق بـه 10-12 مـايو 2003م، المجلد الخامس.

13- **جاسم علي سالم الشامسي**، مقال بعنوان:"تطبيقات المسؤولية المصرفية في فضاء المحكمة الاتحاديـة العليـا و محكمـة تمييـز دبـي"،مـؤتمر الأعمـال المصـرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي،المجلد الرابع، 2003.

14- **جلال وفاء محمدين** ، مقال بعنوان "التحويلات المصرفية الالكترونية من الوجهة القانونية"، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة السادسة والأربعون،جانفي 2004.

15- **حسام الدين كامل الأهواني**، مقال بعنوان:" حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد"، نـدوة حمايـة المسـتهلك فـي الشـريعة والقـانون، منظمـة مـن كليـة الشـريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1998.

16- **حوريـة لشـهب**، مقـال بعنـوان: "النظـام القـانوني للعقـود التجاريـة"، منشـور فـي مجلـة العلـوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثاني عشر، سنة2007.

17- **خليفي ريم**، مقال بعنوان "الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية،" منشور بمجلة السياسة والقانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد الرابع، جانفي ، 2011.

18- **خميس خضر**، مقال بعنوان "تنوع المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية والخيرة بينهما في القانوني المدني المصري المقارن بالقانون الفرنسي،" منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سبتمبر، ديسمبر، 1976، العددان الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون.

19- **خولة خادم محمد**، مقال بعنوان:"الإيجاب في عقد الإذعان"، منشور بمجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة.

20- **دبيان بن محمد الدبيان**، مقال بعنوان:"بطاقات الائتمان والتكييف الفقهي "، منشور في مجلة القصيم، العدد المائة والثلاثون، سبتمبر 2008.

21- **زياد نديم حمادة**، مقال بعنوان:"تبييض الأموال و السرية المصرفية"، منشور بكتاب الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية و الاقتصادية، الجزء الثالث الجرائم المتعلقة بأعمال المصارف، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، الطبعة الأولى 2007.

23- **سعد محمد سعد**، مقال بعنوان "المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر"، منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون في الفترة 1012 ماي 2003، دبي، المجلد الثاني.

24- **سعد عبد محمد**، مقال بعنوان:"بطاقات الائتمان المصرفية من منظور إسلامي"، منشور بمجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الرابع و الثلاثون، 2013.

25- **سيد حسن عبد الله**، مقال بعنوان:"المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الالكتروني"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث 2003.

26- **شمس الدين اشرف توفيق**، مقال بعنوان:"الحماية الجنائية للمستند الالكتروني"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثاني 2003.

27- **عبد الباسط عبد الصمد الشاوي**، مقال بعنوان:" إبرام العقود عبر الانترنت"، منشور في مجلة العلوم الاقتصادية، العدد الثالث و العشرون، المجلد السادس، 2009.

28- **عبد الجبار الحنيص**، مقال بعنوان: "الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان الممغنطة من وجهة نظر القانون الجزائي "، منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلدالسادس و العشرون، العدد الأول، 2010.

29- **عبد الحق حميش**، مقال بعنوان:"حماية المستهلك الالكتروني"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003.

30- **عبد الحميد البعلي**، مقال بعنوان:"بطاقات الائتمان المصرفية-التصوير الفني و التخريج الفقهي"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون

المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثاني، 2003.

31- **عبد الصمد حوالف**، مقال بعنوان:"الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية"، منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، عدد 2016/01/15.

32- **عزيزة شريف**، مقال بعنوان :"التوازن في المعادلة بين حق العميل في الخصوصية وحق البنك في مشروعية التعامل المالي، إشكالية المعلوماتية بين حق الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، المنعقد في الفترة من 9 11 ربيع الاول 1424 هـ، الموافق 1012 مايو 2003 المجلد الرابع.

33- **عصام حنفي محمود موسى**، مقال بعنوان :"الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مؤتمر الاعمال المصرفية بين الشريعة والقانون في الفترة 12/10 ماي 2003، دبي، المجلد الثاني.

34- **عقيل مجيد كاظم الحمادي** ، مقال بعنوان:" التنظيم القانوني لبطاقات الائتمان" منشور بمجلة رسالة الحقوق،الأردن، العدد الثاني، السنة الثالثة، 2011 .

35- **علي محمد حسين موسى** ، مقال بعنوان:" البطاقات المصرفية تعريفها و أنواعها و طبيعتها" ، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الخامس، 2003.

36- **علي محمد حسين موسى**، مقال بعنوان:"البطاقات المصرفية تعريفها و أنواعها و طبيعتها"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من

طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الخامس، 2003.

37- **عمر الشيخ الأصم**، مقال بعنوان: "البطاقات الائتمانية المستخدمة الأكثر انتشارا في البلاد العربية "، ندوة تزوير البطاقات الائتمانية،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2002.

38- **غنام محمد غنام**، مقال بعنوان:"حدود المسؤولية الجنائية للمصارف المالية عن مخالفة واجب السرية و عن غسيل الأموال"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003.

39- **فوزي اوصديق**، مقال بعنوان:"إشكاليات المعلوماتية بين حق الخصوصية و إفشاء الأسرار المهنية (السر البنكي نموذجا)"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الرابع، 2003.

40- **فيصل محمد عبد**، مقال بعنوان:"عقد بطاقة الائتمان"، منشور بمجلة رسالة الحقوق،الاردن، السنة السابعة،العدد الثاني، 2015.

41- **قيس بن محمد آل شيخ مبارك**، مقال بعنوان:"إفشاء السر المصرفي"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الرابع، 2003.

42- **محمد إبراهيم بنداري**، مقال بعنوان:" حماية المستهلك في عقد الإذعان"، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون منظمة من كلية الشريعة والقانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة،1998.

43- **محمد الأمين الضرير**، مقال بعنوان:"بطاقات الائتمان"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثاني، 2003.

44- **محمد حسيني صقلي**، مقال بعنوان:المسؤولية المدنية للبنك في مواجهة المتعاقد أو الغير، منشور ضمن أعمال الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي في المغرب، الرباط، 19-20 يونيو، 1993م، مطبعة الأمنية، الرباط.

45- **محمد رأفت عثمان**، مقال بعنوان: "ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها"،مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثاني،2003.

46- **محمد عبد الحليم عمر**،مقال بعنوان: بطاقة الائتمان ماهيتها والعلاقات القانونية الناشئة عند استخدامها بين الشريعة والقانون، منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، في الفترة 1012 ماي 2003، دبي، المجلد الثاني.

47- **محمد علي سالم، عباس طالب رزوقي**، مقال بعنوان:"الأساس القانوني لحماية بطاقة الائتمان من الاحتيال"، منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني السنة السابعة، 2015.

48- **محمود احمد طه**، مقال بعنوان: "المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان "، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003.

49- **منصور حاتم محسن- إسراء خضير مظلم** ، مقال بعنوان:" العدول عن التعاقد الالكتروني"، منشور بمجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني السنة الرابعة .

50- **موسى رزيق**، مقال بعنوان:"رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد والحماية التي يقرها المشرع له"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003.

51- **نبيل محمد صبيح**، مقال بعنوان بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية،مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت، العدد الاول، السنة السابعة والعشرون، مارس 2003.

52- **نجوى أبو هيبة**، مقال بعنوان:" التوقيع الالكتروني تعريفه- مدى حجيته في الإثبات- "،مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الأول، 2003.

53- **نزيه محمد الصادق المهدي**، مقال بعنوان: "الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر"، مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المنعقد في الفترة من 1-3 مايو، 2000م، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، 2004.

54- ـــــــــــــــــــ ، مقال بعنوان: "نحو نظرية لنظام بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية،" م منشور فيمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون في الفترة 1012 ماي 2003، دبي، المجلد الثاني.

55- **نهى خالد عيسى**، مقال بعنوان:" بطاقة الائتمان الالكترونية"، منشور بمجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية،سوريا، العدد الثاني السنة السابعة،2015.

56- **نوري حمدي خاطر**،مقال بعنوان: "مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، المنعقد في الفترة من 911 ربيع الاول 1424 هـ الموافق 1012 مايو 2003م المجلد الرابع.

57- **هشام فتحي سيد حسن**، مقال بعنوان:" وسائل حماية المستهلك الالكتروني"،مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي ، المجلد الثالث، 2003.

***المذكرات والأطروحات.**

أ) المذكرات.

1- **احمد أمداح**، التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه و أصوله، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

2- **زهير بن جودة**، سلطة القاضي في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، المغرب، مراكش، 2003/2002.

3- **صليحة مرياح**، "النظام القانوني لبطاقة الائتمان" مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق،جامعة الجزائر، 2006/2005.

4- **علاق عبد القادر**، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

ب) الأطروحات

1- **أمجد محمد منصور**، المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1415هـ، 1994.

2- **جابر محمد ظاهر مشافيه**، مسؤولية البنك عن منح التسهيلات الائتمانية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية والسياسية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا 2008

3- **حوالف عبد الصمد**، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.

4- **خالد عبد التواب عبد الحميد احمد**،أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في الحقوق بعنوان:" نظام بطاقات الدفع الالكتروني من الناحية القانونية"، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر ،2005 /2006.

5- **خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني " دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011 .

6- **خليلي سهام**، المسؤولية المدنية للبنك، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008/2007.

7- **ذهبية حامق**، "الالتزام بالإعلام في العقود"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2009/2008.

8- **رضا أحمد إبراهيم محمود عيد**، الأحكام الموضوعية والإجرائية للجرائم الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010.

9- **سيد محمد شعراوي**، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2010.

10- **صلاح حسن البرعي**، أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، مصر ، بدون سنة.

11- **عادل حمزة شيبة منصور**، مسؤولية الشخص الاعتباري التقصيرية في القانون الوضعي مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.

12- **عبد الوهاب مخلوفي** ،" التجارة الالكترونية عبر الانترنت"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الحاج لخضر، باتنة ، 2012/2011.

13- **قيس عنيزان محمد الشرايري**، الحماية القانونية لبطاقة الائتمان رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة 2000.

14- **فرحات ريموش**،" **الالتزام بالإعلام**"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- 2012/2011.

15- **محمد أحمد عبد الحميد**، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والالكتروني " دراسة مقارنة" رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2012.

16- **نسيمة مالك**، حدود الالتزام بالسر المصرفي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه "، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، 2016/2015.

17- **محمد بشير محمد حامد**، الحماية المدنية لبطاقة الائتمان مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق "،كلية الحقوق، جامعة المنصورة مصر، 2015.

18- **لبنى عمر مسقاوي**، مسؤولية المصارف تجاه العملاء في عمليات التمويل المصرفي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية2004.

*القوانين.

1- **الأمر 58/75** المؤرخ في 20رمضان عام1395هـ الموافق 26سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- **الأمر59/75** المؤرخ في 20رمضان 1395الموافق 26سبتمبر سنة 1975المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في6 فيفري 2005 جريدة رسمية عدد 11 صادر في 09 فيفري2005.

3- **الأمر 01/03** مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض(الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 2003/08/27).

4- **القانون 02/04** مؤرخ في 5 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الجريدة الرسمية رقم41 المؤرخة في 2004/06/27).

5- **القانون 01/06** مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته(الجريدة الرسمية رقم14المؤرخة في2006/03/08).

6- **المرسوم التنفيذي 306/06** المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية.

7- **القانون 03/09** مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (الجريدة الرسمية رقم15المؤرخة في2009/03/08).

8- **النظام 01/13** مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1434 الموافق 8 افريل سنة 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

* **<u>نماذج عقود بطاقات الائتمان.</u>**

1- نموذج عقد الحامل فيزا كارت الصادر عن البنك الأهلي المصري.

2- نموذج عقد التاجر الصادر عن البنك الأهلي المصري.

3- نموذج عقد الحامل فيزا كارت الصادر عن بنك مصر.

4- نموذج عقد التاجر الصادر عن بنك مصر.

5- نموذج اتفاقية التاجر لفيزا ماستر كارد بنك مسقط .

6- نموذج اتفاقية التاجر الصادرة عن شركة فيزا الأردن.

7- نموذج عقد الحامل كريدي أجريكول بنك مصر.

ثانياً باللغة الفرنسية

1- Jean Louis Rives Lange et Monique Contamine Raynaud, Droit Bancaire 6é édition, Dalloz ,paris, 1995

2- Chrisian Gavalda et Jean, Droit Bancaire, Litec, 4é édition,1999.

3- DIMITRI Houtcief , droit commercial , (Actes de commerce –commerçants – Fonds de commerce – Instruments de paiement et de credit) , Dalloz , 2005.

4- Fady Nammour, Instrument de paiement et de crédit, Editions DELTA Liban, 2008.

5- Francois Dekeuwer-Défossez, Droit Bancaire, Dalloz, 6é édition,1999.

6- François Grua, Contrats Bancaires, Econiomoca, 1990.

7- François Terré, Ph. Simler et Yves Lequette, Droit civil les Obligations, Dalloz, 10é édition, septembre 2011.

8- Michel Jeantin, Paul Le Cannu Thierry Granier, Richard Routier, Droit Commercial Instruments de paiement et de crédit titrisation ,8é édition, Dalloz, 2010.

9- MURIEL Fabre-Magnan, “ Essai d’une théorie de l’obligation d’information dans les contrat”, these. Paris, 1991.

10- Alain Couret, Jean Deveze et Gerard Hirigoyen Lamy, droit de financement, Lamy 2002.

11- Philipe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2009

12- Philippe Neau-Leduc, Droit bancaire, 4é édition, Dalloz, 2010,

13- Réa Constantina, la nature juridique des relations issues de l’utilisation d’une carte de crédit dans le droit des états membres de la C.E.E, revue internationale de droit comparé, vol 46, N04, octobre 1994.

14- Stéphane Piedlièvre , instrument de credit et de paiement , 7é édition , DALLOZ , 2012 .

15- Thierry Bonnean, Droit Bancaire, 2é édition, Montchrestien, 1996,

16- Thunis (X) , Responsabilité du banquier, et automatition des paiement, Thèse, Montpelier, 1994.

17- Youssef Knani ,Droit commercial, les effers de commerce (le cheque le virement et la carte de paiement) , 3é édition , centre de publication universitaire, 2005.

*** النصوص القانونية الأجنبية.**

1- التوجيه الأوروبي رقم (EC/97/7) الخاص بالتعاقد عن بعد متاح على الرابط:

http://eurlex.europa.eu/smartapi/sgi/_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&1g=fr&numdoc=31997L00071model=guichett

2- التوجيه الأوروبي رقم 479/98 الصادر في 30 جويلية 1998 بشأن وسائل الدفع الإلكتروني، متاح على الرابط:

www.droit-techonlogie.org

3- التوجيه الأوروبي والخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 2002، متاح على الرابط:

http://eur-lex.furopa.eu/legal-ontent/FR/TXT/?uri=CELEX:32002L006

4- قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم (575) بتاريخ 2004/6/21 متاح على الرابط:

http://www.legifrance.gouv.fr

5- التوجيه الأوربي رقم (64) لسنة 2007، المتعلق بخدمات الدفع والسداد، متاح على الرابط الالكتروني:

www.droit-techonlogie.org/upload/legislation/doc/248-1pdf

6- قانون الاستهلاك الفرنسي وفق النسخة الموحدة رقم 737-2010م الصادر في 2010/7/1م على الرابط الإلكتروني:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do

فهرس